

**CONTRATOS DE COMPRAVENTA Y ARRENDAMIENTO CELEBRADOS
POR ENTIDADES PÚBLICAS, ENTRE EL RÉGIMEN PÚBLICO Y PRIVADO**

DEISY JOANNA FORERO FORERO

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ
2016**

**CONTRATOS DE COMPRAVENTA Y ARRENDAMIENTO CELEBRADOS
POR ENTIDADES PÚBLICAS, ENTRE EL RÉGIMEN PÚBLICO Y PRIVADO**

DEISY JOANNA FORERO FORERO

DIRECTOR:

CLAUDIA PATRICIA BARRANTES VENEGAS

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para obtener el título
de Máster en Derecho Administrativo**

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ
2016**

AGRADECIMIENTOS:

A Dios, en quien confío mis metas y propósitos,

A mis padres, por su ejemplo de disciplina y dedicación,

A mi esposo, por su apoyo, respaldo, paciencia y compañía durante este proceso

A Dani y a Nico, por ser el mejor regalo que he recibido en mi vida y a quienes espero dar un buen ejemplo.

DEDICATORIA:

A Angelita (q.e.p.d.), a quien acompañé en su etapa final y desde donde está, me motiva para alcanzar mis metas.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	9
1. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA	26
2. EN CUANTO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO ESTATAL ..	35
2.1. TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA....	37
3. LA NOCIÓN DE CONTRATO ESTATAL EN LA LEY 80 DE 1993. ANÁLISIS COMPARATIVO DEL DECRETO LEY 222 DE 1983.....	53
3.1. PROFUNDIZACIÓN DE LA TESIS DUALISTA DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS (CONTRATO ADMINISTRATIVO Y CONTRATO DE DERECHO PRIVADO).....	53
3.2. ESTUDIO DEL RÉGIMEN MIXTO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	56
4. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO.....	70
4.1. ANÁLISIS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA Y ARRENDAMIENTO CELEBRADOS POR ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO	70
5. LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA Y ARRENDAMIENTO Y SU NATURALEZA ESTATAL O PRIVADA	86
5.1. OBJETO DE ESTOS CONTRATOS.....	87
5.2. ESTIPULACIONES DE LOS CONTRATOS.....	89
6. PERFECCIONAMIENTO Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL	91
7. INTERPRETACIÓN DE NORMAS Y REGLAS CONTRACTUALES	100
8. IMPLICACIONES DE LA APLICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO Y SU INCIDENCIA EN LOS CONTRATOS	

COMPRAVENTA Y ARRENDAMIENTO CELEBRADOS POR ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO.....	114
8.1. EN CUANTO A LA COMPRAVENTA	120
8.2. PACTOS ACCESORIOS A LA COMPRAVENTA.....	122
8.2.1. PACTO COMISORIO.	122
8.2.2. PACTO DE RETROVENTA.	124
8.2.3. PACTO DE PREFERENCIA.....	126
8.2.4. EL PACTO DE EXCLUSIVIDAD.....	129
8.2.5. EN CUANTO AL DERECHO DE PREFERENCIA EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.	
157	
9. CONCLUSIONES	162
BIBLIOGRAFÍA	167

RESUMEN

El presente trabajo busca analizar las implicaciones jurídicas de la regulación pública y de la aplicación de las normas de derecho privado aplicables en los contratos de compraventa y arrendamiento celebrados por las entidades estatales, con el fin de establecer si la adaptación del derecho administrativo a las nuevas formas de contratación en procura de más transparencia, mayor apertura y agilidad en la actividad pública, se logra al diferenciar los contratos públicos y los contratos privados de la administración pública, o si por el contrario una adecuada interpretación y armonización de las instituciones de derecho público y privado puede conducir a que la actividad contractual del Estado cumpla estándares de transparencia, apertura y agilidad.

El análisis realizado a lo largo de los ocho capítulos en los cuales se halla organizado el trabajo, permite concluir que una adecuada interpretación y armonización de la ley pública y privada de los contratos de compraventa y arrendamiento permite que la actividad contractual del Estado tenga una aplicación legal y equitativa en todos los estamentos particulares y públicos y en la ejecución sinalagmática de los contratos, por lo que no hace necesaria la privatización del derecho público para lograr adecuados niveles de transparencia, apertura y agilidad en este tipo de contratación.

Palabras claves: arrendamiento, compraventa, derecho privado, derecho público.

ABSTRACT

This paper analyzes the legal implications of public regulation and the application of the rules of private law applicable to contracts of sale and lease other than property held by state entities, in order to establish whether the adaptation of administrative law to new forms engagement in pursuit of greater transparency, more openness and flexibility in public activity, it is possible to distinguish public contracts and private contracts public administration, or whether on the contrary proper interpretation and harmonization of the institutions of public and private law can lead to the contractual activity of the State meets such standards of transparency, openness and agility.

The analysis throughout the eight chapters in which work is organized, conclude that a proper interpretation and harmonization of public and private law to contracts of sale and lease allows the State contracting activity has an legal and equitable application in all private and public bodies and the synallagmatic contract performance, which does not necessitate the privatization of public law to achieve adequate levels of transparency, openness and flexibility in this type of engagement.

Key words: lease, trading, private law, public law.

INTRODUCCIÓN

Dentro de la actividad administrativa desplegada por las entidades públicas, toma verdadera importancia la actividad contractual que se desarrolla, esencialmente por la administración, aunque no es de su exclusividad; esta actividad administrativa contractual, se enmarca y desarrolla dentro de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, pluralidad de oferentes, selección objetiva y legalidad; en virtud de este último, la misma ley determina el contrato en cuanto a su formación, esencia, objeto, finalidad, y, en ocasiones, su contenido clausular; por eso, se puede decir que la administración no actúa por su propia autoridad, sino con fundamento en la autoridad que emana de la ley; es decir, que esa actuación administrativa contractual de las entidades estatales o de derecho público, implica la particularización de los mandatos abstractos de las normas.

Se puede afirmar, entonces, que desde un comienzo, la actividad contractual del Estado ha sido reglada; y cada norma, de las distintas que ha regulado el tema de la contratación estatal, ha determinado la naturaleza del contrato estatal así como los criterios bajo los cuales un contrato se entiende como estatal, y los procedimientos y cláusulas que se deben incorporar en este. Así, el decreto 1670 de 1975, Primer Estatuto Contractual, se caracterizaba por un criterio de taxatividad para determinar cuáles eran o no contratos del Estado; por su parte, el decreto ley 222 de 1983 señalaba una lista de los contratos de la administración y los no enlistados eran considerados contratos privados de la Administración. Esta rigidez legal cambió con la expedición de la ley 80 de 1993, cuando señaló que se le permitía a la Administración celebrar cualquier clase de contrato previsto en el derecho privado, en normas especiales o los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad; de igual forma el proyecto de ley que se pretende radicar en el congreso de la República reafirma el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en los contratos estatales y promueve el predominio del ordenamiento privado en los contratos estatales, dando la denominación de compra pública y de sistema de compra pública; modificación que no implica la

inaplicación del principio de legalidad, sino que brinda a la administración una mayor capacidad de acción en la actividad contractual y no la ata a tener como contratos estatales los que taxativamente contempla la ley.

Tal como lo ordena el artículo 32 del Estatuto Contractual: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación.” De lo anterior se concluye que la ley 80 de 1993 estableció un criterio orgánico para determinar la naturaleza del contrato estatal, señalando que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales, así estos contratos sean regulados por las disposiciones civiles y/o comerciales. Importante regulación que dejó atrás el concepto de contrato administrativo y que reconoció que independientemente del régimen que regule el contrato, cuando sea celebrado por una entidad pública, éste será un contrato estatal.

Pese a que la ley 80 pretendió eliminar el exceso de legalidad de los estatutos anteriores, al no señalar unos contratos como administrativos y otros como privados, y al no tener un listado taxativo de los mismos, sino por el contrario un listado enunciativo y establecer un régimen mixto de regulación de los contratos estatales, (pues ellos se regulan por el ordenamiento civil y comercial en lo no previsto de manera expresa en el estatuto contractual), tal generalidad en algunas ocasiones acarrea una cierta inseguridad o vacío jurídica en relación con las incidencias que esta regulación privada genera en la vida práctica durante la ejecución de unos ciertos contratos suscritos por las entidades públicas como sería el caso de los contratos de arrendamiento y compraventa.

El artículo 13 del estatuto de contratación, señala que “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las

disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.”¹ Así entonces, entendemos que frente a lo regulado por el estatuto de contratación se dará aplicación a tales disposiciones y en lo no establecido se aplicará la norma privada bien sea civil o comercial; de lo anterior se concluye, entonces, la existencia de un régimen mixto que regula la contratación estatal integrado por las disposiciones del estatuto contractual, los principios que rigen la actividad administrativa y además las normas civiles y/o comerciales (no permitiéndose otras). Se infiere que se aplicarán de manera supletiva las normas civiles y comerciales con la finalidad de regular situaciones y relaciones entre los contratantes cuando éstos no han ejercido la atribución que la ley les confiere para determinar las reglas a las que se van a someter, situación que genera, en no pocas circunstancias, una tensión entre los principios de la contratación pública y las normas de la contratación privada, como ocurre, por ejemplo, con el principio de la autonomía de la voluntad en virtud del cual se incorporan ciertas estipulaciones contractuales.

La ley 80 de 1993 pretendió retomar las instituciones del derecho privado en los asuntos relacionados con los contratos estatales pues estos son un verdadero acuerdo de voluntades que tiene unas especiales características por cuanto debe cumplir unos determinados cometidos, pero no por ello deja de ser un contrato que como acuerdo obliga a las dos partes. Esto se ve reflejado en el artículo 32 del referido estatuto pues contempla la amplia posibilidad de que las entidades públicas celebren los contratos derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, es decir, contratos típicos o innominados. De igual forma el proyecto de ley liderado por la Agencia de Contratación del Estado, Colombia Compra eficiente, pretende orientar una nueva mirada del sistema de compra pública porque tradicionalmente se veía como un tema de procedimientos legales y administrativos y hoy la compra pública se refiere al progreso económico y es un asunto de Gerencia Pública que resulta estratégico para el funcionamiento del

¹ Artículo 13 ley 80 de 1993.

Estado.² Se pretende reforzar el criterio de que a través de las compras públicas se materializan las políticas públicas y las entidades públicas cumplen su misión y por ello se pretende generar una reforma con la que se tengan claros unos principios y haya unos procedimientos simples y expeditos que atiendan la lógica del mercado creando así un espacio adecuado para que el comprador público cumpla su misión, por esta razón el proyecto de reforma de la ley 80 de 1993 fortalece el principio de la autonomía de la voluntad y pretende permear aún más el derecho público por el derecho privado. Sin embargo, es necesario entender que el contrato estatal es un instrumento para la satisfacción de las necesidades de la comunidad y como lo expone el proyecto de reforma, un instrumento de gerencia pública, gasto público y cumplimiento de la misión de las entidades estatales; para garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y para la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, razón por la que se celebran en consideración de los intereses públicos que deben satisfacer. Así las cosas, lo que se evidencia en el estatuto de contratación y en el proyecto de reforma del mismo, es que no se pretende mantener la dicotomía entre el contrato de derecho privado y el contrato administrativo sino por el contrario, reconocer el contrato estatal como acuerdo de voluntades que se acerca al derecho privado, para que no exista la extrema división entre el derecho público y privado en materia de contratos sino que se fortalezca una aplicación coordinada de principios al contrato estatal pues éste tiene un componente de ambas, así, el proyecto de ley señala que la ley 80 buscó ser una norma de principios y reglas generales aplicables a todo el aparato estatal y dispuso que el Derecho Privado debía regir los negocios jurídicos de las entidades estatales, salvo en lo expresamente regulado, lo que constituye el límite de la autonomía de la voluntad reconocida para los negocios jurídicos, razón por la cual la reforma pretende fortalecer la presencia de la autonomía de la voluntad en la llamada compra pública y la prevalencia del derecho privado en el sistema de compra pública del Estado Colombiano.

² Exposición de Motivos Proyecto de Ley que reforma Ley 80 de 1993.

Con el presente trabajo se pretende, a partir de un análisis de dos figuras contractuales de uso constante y común, por las entidades públicas, como lo son el contrato de compraventa y el contrato de arrendamiento, establecer el alcance, las implicaciones y la efectividad de la aplicación de ese régimen mixto que rige los contratos estatales en relación con la posibilidad de pactar todas las cláusulas que se usan en el derecho privado, los efectos que se crean con unas ciertas cláusulas que se pacten, y si los contratos de compraventa y arrendamiento suscritos por entidades públicas tienen el mismo tratamiento que se da a tales contratos cuando son suscritos entre particulares o si por el contrario, los estatales, encuentran una limitante en la autonomía de la voluntad y la manifestación del consentimiento para lo cual resulta importante analizar las implicaciones jurídicas de la regulación pública y de la aplicación de las normas de derecho privado, en los contratos de compraventa y arrendamiento estatales, en aras de establecer si la adaptación del derecho administrativo y las regulaciones que el estatuto contractual tiene para dichos contratos implica que se requiere diferenciar los contratos públicos y los contratos privados de la administración, o si por el contrario conviene configurar un engranaje, armonización y modulación de las instituciones del derecho público y el derecho privado en cuanto a la formación y ejecución de estos contratos, o si por el contrario, el criterio de lo público, el interés público y las reglas de la buena administración atenúan las instituciones del derecho privado propias de los contratos y generan una especie de prelación de las instituciones públicas.

Podría pensarse que la expedición de una legislación especial sobre los contratos estatales contribuiría como herramienta de unificación del régimen de los contratos celebrados por el Estado y brindaría claridad en torno a la legislación aplicable y las implicaciones jurídicas de la formación y ejecución de cada contrato administrativo; sin embargo, no puede señalarse que esta sea la única solución, porque es probable que se expidan cantidad de normas que generan inestabilidad jurídica sin que se resuelva de fondo el problema; o que el exceso de regulación acarree ineficacia; por ello, se pretende proponer, que bajo las reglas de la hermenéutica, se haga una debida interpretación y armonización de la ley pública

y privada, en lo referente a la formación y ejecución de los contratos estatales, para dilucidar las implicaciones de una y otra en los distintos contratos y particularmente en los de compra venta y arrendamiento, que son el objeto de interés del presente trabajo.

Lo anterior, por cuanto, pese a que lo que de manera clara parece estar escrito en la ley, resulta de gran dificultad cuando de aplicar determinadas cláusulas se trata, como cuando se habla de la prórroga o renovación del contrato de arrendamiento, el pacto de preferencia en el contrato de compraventa, el pacto de exclusiva etc.

Prima facie de acuerdo con la ley se infiere, de manera clara, que una vez suscrito el contrato estatal, la normatividad que regula las situaciones y fenómenos que se presenten durante su ejecución, se regulan por el derecho privado, salvo en las materias que puntualmente regula la ley 80 de 1993 y que son las relacionadas con: requisitos de perfeccionamiento y ejecución, cláusulas excepcionales al derecho común, ecuación financiera y económica del contrato, adición del contrato, silencio positivo, tasa de interés moratoria supletiva, liquidación del contrato³. Sin embargo, esta regulación por el derecho privado soporta algunas cargas y límites que se evidencian ante la presencia del interés público, la prevalencia del interés general y los principios que regulan el ejercicio de la actividad contractual entendida como actividad administrativa, lo que hace que sea tarea fácil incorporar todas las cláusulas que los contratos privados aceptan, pero que se tenga enorme dificultad al hacerlas efectivas y verdaderamente aplicables.

Dentro del marco legal que regula los contratos estatales, el artículo 39 señala que estos contratos requieren escrito y no deben ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. Es decir, que los contratos estatales requieren la solemnidad del escrito, situación que no se presenta en algunos contratos suscritos entre particulares, entonces

³ DAVILA. Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Legis. 2016

tratándose de un contrato de arrendamiento, que de conformidad con la ley privada puede ser consensual, puede una entidad estatal celebrar uno de estos contratos de manera verbal? Si de conformidad con el mismo estatuto los contratos que celebren las entidades del Estado se regirán por lo establecido en las leyes civiles y comerciales, cuál sería la razón para que no proceda el contrato de arrendamiento consensual? Esta es una de las claras diferencias que existe en la medida en que se trate de un arrendamiento estatal; por tal razón, pese a que el estatuto de contratación señale que las entidades públicas celebrarán los contratos permitidos por el ordenamiento civil y comercial y los que por autonomía de la voluntad se puedan celebrar, y que pactarán las estipulaciones que la ley prevea, no es del todo cierto por cuanto la solemnidad es la característica del contrato estatal que limita la plena aplicación de las normas de derecho privado.

Para entender lo anterior, resulta pertinente recordar que las normas civiles y comerciales se aplicarán cuando no exista regulación **expresa en el estatuto contractual**, pero en este caso, el estatuto sí prevé que los contratos estatales son solemnes y al estar así regulado, es una de las cargas de legalidad que debe soportar la autonomía de la voluntad en tratándose de contratos estatales y así lo mantiene el proyecto de reforma de la ley 80 de 1993.

De otro lado, el artículo 40 del Estatuto Contractual establece que las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Por su parte el proyecto de reforma de la ley 80 de 1993 señala en cuanto al contenido del contrato, que las entidades estatales son autónomas para definir el alcance y contenido de los contratos que celebren para satisfacer sus necesidades y cumplir las funciones y objetivos estratégicos.⁴ De esta manera se evidencia que el proyecto de ley pretende reforzar el principio de la autonomía de la voluntad en los negocios jurídicos celebrados por entidades públicas.

⁴ Artículo 33 Proyecto de reforma ley 80 de 1993.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

Ante esa situación se pretende con el presente trabajo analizar las implicaciones jurídicas de la regulación pública y de la aplicación de las normas de derecho privado en los contratos de compraventa y arrendamiento celebrados por las entidades estatales en el marco de regulación de la Ley 80 de 1993, de la Ley 1150 de 2007 y del Decreto Ley 019 de 2012, para establecer si la adaptación del derecho administrativo a las nuevas formas de contratación que exigen más transparencia, mayor apertura y agilidad en la actividad pública, se materializa cuando se diferencian los contratos públicos y los contratos privados de la administración pública, o si, por el contrario, una debida interpretación y armonización de las instituciones de derecho público y privado en lo referente a la formación y ejecución de los contratos administrativos, propicia que la actividad contractual del Estado cumpla con esos estándares de transparencia, apertura y agilidad.

Con ese propósito, se analiza en primer lugar el tratamiento regulatorio de los contratos estatales y los contratos de derecho privado de la administración en el Decreto Ley 222 de 1983 y el enfoque regulatorio de la Ley 80 de 1993 respecto de la unificación de esas dos figuras contractuales en el contrato estatal con un marco regulatorio mixto, y su incidencia en el tratamiento de los contratos de compraventa y arrendamiento.

Igualmente se busca estudiar la viabilidad jurídica y la conveniencia de la aplicación de la tesis de privatización del derecho público, y su incidencia en la formación y ejecución de los contratos de compraventa y arrendamiento que

cumplan con los principios de transparencia, apertura y agilidad en la actividad pública.

Profundizando lo anterior, se abordarán aspectos relacionados con la actividad administrativa y principios de la función administrativa, para entender que en la medida en que la contratación estatal es entendida como una actividad administrativa de Gerencia Pública y criterios de gobernanza con la que se pretende el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, debe regirse por unas particularidades que modulan la aplicación de las normas de derecho privado en los contratos estatales, por la existencia del principio de legalidad que rige esa actividad administrativa y la incidencia que tiene la noción de servicio público en el ejercicio de la actividad contractual de las entidades públicas.

De igual manera, se abordará la noción del contrato estatal a la luz del decreto ley 222 de 1983 y de la ley 80 de 1993, para comprender el cambio radical que se dio en cuanto al criterio para determinar la naturaleza jurídica del contrato estatal y el alcance que tiene dicho criterio orgánico para entender que las entidades estatales pueden celebrar todos los contratos previstos en el ordenamiento privado y pactar las estipulaciones con el propósito de flexibilizar la contratación estatal, situación ésta que se mantiene presente en el proyecto de reforma. Se analizará también el tema del régimen mixto que regula los contratos estatales para comprender que, pese a que dicho régimen sea el reconocido por la ley, la finalidad del interés público que el contrato estatal implica, la satisfacción de los intereses de la comunidad y el cumplimiento de los fines misionales de las entidades públicas determina una posición especial de las partes, generando una dinámica particular en la ejecución de tales contratos. Se hará un estudio de las implicaciones y el alcance de la autonomía de la voluntad en los contratos estatales, entendiendo que dicha autonomía de la voluntad soporta la carga del principio de legalidad que relativiza y hace un poco más complejo su proceso de formación y expresión; así entonces, la autonomía de la voluntad se hace presente en los contratos estatales

encontrando su límite en los principios que rigen la contratación estatal que buscan garantizar la gestión de todo ente estatal, en función del interés general.

En aras de entender el alcance y efecto de la aplicabilidad de las normas de derecho privado, en los contratos estatales, se hace un estudio en cuanto a las estipulaciones que se pueden pactar en los contratos estatales objeto del presente estudio, teniendo en cuenta que las únicas cláusulas que regula la ley 80 de 1993 son las excepcionales. Las entidades en los contratos de compraventa (reconocidos en el proyecto de reforma de ley 80 de 1993 como compra pública, concepto que incorpora todos los contratos celebrados por las entidades estatales) y arrendamiento pactarán las estipulaciones del derecho privado pero dichas estipulaciones encuentran su límite en el principio de legalidad y en los principios que rigen la actividad administrativa, lo que hace que esta autonomía de la voluntad se comprometa para la satisfacción del interés general dando una característica especial a la autonomía de la voluntad en los contratos estudiados porque debe estar en coordinación con los principios del derecho público y el derecho privado lo que hace que no sea necesaria entonces la separación entre el derecho público y el derecho privado porque lo que se debe lograr es la adecuada coordinación y modulación de éstos, reflejados en los contratos estatales.

Se entiende la autonomía de la voluntad presente en los contratos estatales como una delegación que la ley le confiere a las partes para que regulen relaciones contractuales delimitadas por los imperativos del orden público; en virtud de ello, la autonomía de la voluntad soporta la carga de la legalidad lo que comporta un deber de comportamiento para las partes cumpliendo los requisitos de perfeccionamiento y ejecución; las finalidades de los contratos, y los principios que regulan los mismos.

Si bien la ley 80 de 1993 recuperó el acuerdo de voluntades como elemento central del contrato, y sigue siendo así reconocido en la reforma que se pretende surtir, el proceso de formación de la voluntad del Estado no es igual a la de un particular en un contrato privado; por eso, la autonomía de la voluntad del Estado

se comprende y compromete de una manera diferente a la de los particulares porque esa autonomía de las entidades estatales no puede regular lo que pertenece a la esfera del derecho en virtud del interés colectivo, pues, la celebración de un contrato en el que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a la satisfacción del interés público.

Se analizan también aspectos relacionados con el perfeccionamiento y ejecución de los contratos estatales; la interpretación de las normas contractuales y las implicaciones de la aplicación de instituciones de derecho privado y su incidencia en los contratos de compraventa y arrendamiento, celebrados por entidades públicas, en aras de determinar si es o no necesario privatizar el derecho público para conseguir que los contratos estatales sean expeditos, eficientes, objetivos y transparentes, o si por el contrario, debe existir una modulación y armonización de los principios y regulaciones que tiene el ordenamiento privado y público en los referidos contratos.

Se reconoce que el estatuto de contratación acepta la existencia de un mínimo de derecho público común a los contratos de la administración pública que se justifica por la presencia del interés general y siempre bajo un régimen mixto; y así, la ley 80 señala el mínimo de derecho público que debe ser común a los contratos de la administración, y, la presencia del derecho privado se justifica en la medida en que se flexibiliza la contratación. Entonces, la ley 80 se edifica sobre dos premisas que se deben entender en su justa dimensión y proporción, la autonomía de la voluntad (que se refleja más en la etapa contractual en el plano de igualdad de los contenidos negociales) y la incorporación de principios del derecho privado con los que se busca combatir la ineficiencia administrativa, premisas que deben modularse y armonizarse con la finalidad que se cumple cada que una entidad pública suscribe un contrato para que se tenga una aplicación coordinada de principios de derecho público y privado. De igual forma el proyecto de reforma pretende estructurar el estatuto de contratación sobre principios y reglas básicas, detalles operacionales, técnicos, procedimentales en manuales y guías (reconocidas como derecho blando) y además reforzar la presencia de la

autonomía de la voluntad de las entidades públicas en la celebración de compras públicas, razón por la cual se señala en dicha reforma que las actuaciones de las entidades estatales en el sistema de compras públicas tienen como propósito cumplir la misión de las mismas, ejecutando recursos para poner a disposición de las personas, bienes, obras y servicios, por ello, en el sistema de compra pública, las actuaciones de las entidades por regla general no son función administrativa, salvo cuando realicen ejercicio de facultades especiales, ello pretende equiparar los derechos y obligaciones de las partes cuando están en condiciones de igualdad.

Por último, se plantea un análisis en relación con unos pactos en los contratos de compraventa estatales con la posibilidad de incorporarse, o no, tales como el pacto comisorio, el de retroventa, la preferencia y el de exclusiva y algunas cláusulas del contrato de arrendamiento como las de renovación, prórroga, tácita reconducción y el derecho de preferencia para entender la presencia y aplicación práctica de éstas en los contratos de compraventa y arrendamiento estatales para comprender, entonces, que el régimen mixto que regula los contratos estatales requiere la armonización de las instituciones del derecho privado y público para que se cumplan, de manera adecuada, los cometidos estatales, lo que en ocasiones genera que los operadores administrativo y jurídico realicen una labor de interpretación sistemática en la aplicación de reglas pertinentes, con el fin de entender el alcance del régimen privado aplicable, a los contratos estatales y las normas públicas en que se enmarcan.

Así, teniendo en cuenta que la exposición de motivos de la ley 80 de 1993 señaló no tratarse de un ordenamiento con tendencia reguladora y casuística que dificulte la actuación contractual, sino que, pretende recoger las normas fundamentales en materia contractual y principios que orienten la actividad de manera general, y, dado que se ha admitido la privatización de la prestación de servicios y la libertad de empresa, no hay incompatibilidad entre las normas de derecho público y derecho privado, sino que, por el contrario, se trata de un complemento entre estas instituciones del derecho, razón por la cual se plantea como hipótesis de

estudio que una debida interpretación y armonización de la ley pública y privada, en lo referente a la formación y ejecución de los contratos estatales de compraventa y arrendamiento obliga a que la actividad contractual del Estado tenga una aplicación legal y equitativa en todos los estamentos particulares y públicos y en la ejecución sinalagmática de los contratos, por lo que no se requiere la privatización del derecho público para lograr los niveles de transparencia, apertura y agilidad.

El marco jurídico que se aplica a los contratos estatales varía de acuerdo con la naturaleza de cada uno, pues si bien puede pensarse que los contratos enunciados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se regirán por las disposiciones del derecho público, no puede pregonarse lo mismo respecto de los contratos de compra venta y arrendamiento que celebran las entidades públicas, pues éstos, por regla general, se rigen por disposiciones civiles y comerciales; tampoco existe claridad doctrinal, jurisprudencial y legislativa en torno al tema, porque no se ha establecido una línea de interpretación y armonización de las instituciones de derecho público y derecho privado, en lo relacionado con la contratación de las entidades del Estado.⁵

Igualmente, se busca estudiar la viabilidad jurídica y la conveniencia de la aplicación de la tesis de privatización del derecho público, y su incidencia en la formación y ejecución de los contratos de compraventa y arrendamiento que cumplan con los principios de transparencia, apertura y agilidad en la actividad pública.

La contratación estatal es uno de los temas más complejos que se presenta en la actualidad, pues si bien, a través de los contratos, el Estado cumple los fines

⁵ Al respecto, ver a BETANCOURT JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Señal Editores. Séptima edición. 2009 y a CORREA PALACIO, Ruth Stella. El ejercicio de los poderes del Estado en el contrato estatal. Páginas 1 – 44. En “Reforma al régimen de contratación estatal”. (Comp.) DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe. Universidad de los Andes. 2010

constitucionales para los que fue previsto, también, a través de ellos, se presentan los mayores índices de corrupción y malversación de los recursos públicos.⁶

El artículo 2 de la Constitución Política señala que son fines del Estado: “*servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*”. De la lectura de este primer inciso del artículo, se infiere que para promover la prosperidad general es necesario que el Estado supla las distintas necesidades de la comunidad y promueva el desarrollo de las regiones, y, todo ello se logra a través de la contratación, pues es con ocasión de ella que se ejecutan las grandes obras de infraestructura vial; se construyen viviendas de interés social que benefician a la población vulnerable; se adquieren bienes y servicios que facilitan el funcionamiento del Estado y, en general, se comprometen y ejecutan los recursos de las entidades del Estado para que así, cumplan el fin para el cual fueron creadas.

La legislación Colombiana, en materia de contratación estatal, ha tenido distintas variaciones; entre las más importantes se pueden destacar: el decreto Ley 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007; cada una de estas legislaciones ha sido objeto de sinnúmero de reglamentaciones.

Asimismo, es claro que la Administración Pública, con el fin de cumplir sus cometidos constitucionales y lograr satisfacer el interés general, acude a la celebración de contratos que permitan, con la ejecución de los recursos, cumplir los cometidos que la ley ha confiado a las entidades del orden público. Así, la Nación, los Departamentos, los Municipios, las entidades descentralizadas del orden Nacional, Departamental y Municipal, las superintendencias, las

⁶ Al respecto ver el Informe Sobre Cumplimiento de sus Funciones y de Gestión al Congreso y al Presidente de la República presentado por la Contraloría General de la República. Julio de 2012 a Junio de 2013. Bogotá, 2013.

Universidades, y en general todas las entidades del Estado celebran contratos siguiendo lo señalado en el Estatuto de contratación, o bien, en los manuales de contratación de la respectiva entidad.

Uno de los grandes inconvenientes que se presentan cuando se celebran los contratos por parte de las entidades del Estado, es no tener claridad en cuanto al alcance de la legislación aplicable al negocio jurídico celebrado; cómo deben regularse las cláusulas de cada uno; cómo manejar las obligaciones que emanan de cada contrato, y, todo ello, sin olvidar que una de los extremos de la relación contractual lo constituye una entidad estatal, motivo por el cual existe una prevalencia del interés general, sin apartarse de la autonomía privada de la voluntad, que rige en materia general para la contratación.

Es claro que existe un criterio eminentemente orgánico para establecer la naturaleza jurídica del contrato estatal; así, por ejemplo, en el contrato de prestación de servicio se establecen unas características más no elementos de su esencia o naturaleza, por lo que se aplica un híbrido de normas de lo público; mientras que en el resto, se aplican las normas sobre suministro de servicios, establecidas en el Código de Comercio o de arrendamiento de servicios del Código Civil; situación similar se presenta en los contratos de Consultoría, en los cuales la norma del artículo 32 de la Ley 80 presenta un listado de objetos, más no son elementos de la esencia y naturaleza, por lo que se deben integrar con las normas del Código Civil. En el contrato de obra y en el de fiducia pública también se presentan situaciones similares mientras que el de concesión es el único del que podría afirmarse que cuenta con una regulación basada más en normas públicas que privadas. Esas ambigüedades pueden generar incertidumbre, y dificultades a la hora de aplicar la regulación legal cuando se presentan conflictos durante la ejecución contractual.

Lo importante es, entonces, profundizar en el estudio de la legislación que debe aplicarse a unos de los contratos que celebran las entidades estatales, tales como, contrato de compraventa y arrendamiento; que de manera general, se consideran contratos estatales; pero por excelencia tiene una amplia y mayor regulación en el

derecho privado, luego, en aplicación del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, deben regirse por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes; pero, esto no es del todo cierto, ni menos constituye un planteamiento absoluto, pues, no debe olvidarse que, a través de estos contratos se ejerce la función pública; se satisface el interés general; se comprometen recursos del Estado, y que uno de los extremos de la relación contractual es una entidad de derecho público; por consiguiente, no resulta claro si se debe aplicar una u otra legislación, dado que es evidente que son distintas las implicaciones de estos contratos, como son distintos los aspectos que se deben tener en cuenta tanto, durante su formación, como su ejecución. Por lo anterior, es importante profundizar el tema para establecer si lo que se hace necesario es una teoría general de los contratos estatales o una debida interpretación y armonización de la ley pública y privada, en lo referente a la formación y ejecución de los contratos estatales de compraventa y arrendamiento.

En la celebración de los contratos no enunciados de manera taxativa en el artículo 32 del Estatuto de Contratación Pública, y, de conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la misma legislación, falta claridad respecto de la legislación que se debe aplicar a contratos tales como compraventa y arrendamiento que celebran las entidades estatales y las implicaciones que una y otra legislación tienen en la ejecución de los mismos. Si bien es cierto que este tipo de contratos debe regirse por las leyes civiles y comerciales que regulan la materia, no puede desconocerse que en la medida en que el Estado es parte del contrato, se deben proteger, tanto el interés general, como los recursos públicos; pero, no existe una adecuada claridad en cuanto a las implicaciones y límites que tiene la aplicación de las normas civiles en este tipo de contratos. En relación con lo anterior, se tiene, entonces, una dualidad de la legislación aplicable a los contratos estatales no señalados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

A pesar de que la Ley 80 de 1993 consagra un criterio orgánico para establecer la naturaleza del contrato estatal y el régimen aplicable al mismo, no hay certeza en cuanto a las implicaciones que trae la aplicación de la norma de derecho público,

ni en cuanto al análisis que debe hacerse respecto de los efectos que tienen las obligaciones en contratos tales como compraventa y arrendamiento celebrados por entidades públicas a la luz de las normas de derecho privado. Igualmente; pese a que el contenido clausular de cada negocio jurídico se asemeja al derecho privado, tampoco se da una aplicación total del derecho civil y/o comercial, por cuanto se invoca el carácter de contrato estatal para que, a través de distintas instituciones del derecho público, se diriman los conflictos que se sucedan. La sola aplicación de la norma pública es insuficiente para estudiar a profundidad los distintos problemas que puedan suscitarse con ocasión de la ejecución contractual y no son las instituciones de este Derecho las únicas que deben aplicarse pues no puede desconocerse el origen privado del contrato mismo; de la misma manera, la huida del derecho contractual administrativo hacia el derecho privado ha sido más bien una política gubernamental facilista de evadir los problemas que la misma legislación ha creado, por ello se hace necesario analizar, profundizar y determinar las implicaciones de la normatividad aplicable a los contratos de compraventa y arrendamiento celebrados por entidades públicas, para establecer la manera como deben armonizarse las instituciones en materia contractual, tanto de derecho público como de derecho privado que faciliten la formación y ejecución de estos contratos dentro del marco del estatuto general de la contratación de la Administración Pública.

1. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Dado el propósito del presente trabajo, y teniendo en cuenta que la contratación estatal es actividad administrativa, en este capítulo se hace la primera aproximación a la función de la administración pública y a los principios que la rigen. En primera instancia debe señalarse que el artículo 209 de la Constitución Política de manera textual, en relación con la forma como se debe ejercer la función pública establece que:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.⁷

De acuerdo con la Procuraduría General de la Nación, “la gestión contractual del Estado es un instrumento que busca el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”⁸.

Señala la entidad que la función contractual se encuentra regulada por principios que buscan evitar decisiones caprichosas, negligentes o interesadas de parte de los administradores públicos, de manera que en el marco de los postulados que rigen la función administrativa y la gestión fiscal, adopten las tendencias a garantizar, en primer lugar, el interés general, y, en segundo, la adecuada

⁷ Constitución Política de Colombia. Artículo 209.

⁸ Procuraduría General de la Nación. Recomendaciones para optimizar la gestión contractual de las entidades públicas que no se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 2012. 46 p.

inversión de los recursos públicos. Fue por ello que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 señaló que:

Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.⁹

Adicionalmente, la Constitución Política incluye otros principios fundantes orientadores del comportamiento, tanto de las autoridades públicas, como de los particulares, los que son también derroteros de la función administrativa, tal como lo señaló la Sección Tercera del Consejo de Estado al manifestar:

La Carta Suprema en su artículo 209 ordena que el ejercicio de la función administrativa se encuentra sometido a los principios de igualdad, de moralidad, de eficacia, de economía, de celeridad, de imparcialidad y de publicidad, razón por la cual en la medida en que la contratación estatal puede identificarse como una actividad administrativa, necesariamente deben aplicársele estos mismos principios, sin perjuicio de muchos otros que también forman parte del texto constitucional y que revisten enorme importancia en relación con las actividades de las entidades del Estado.¹⁰

⁹ Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Artículo 13.

¹⁰ Consejo de Estado. Sentencia dictada el 29 de agosto de 2007 en el proceso número: 850012331000030901 Radicado interno: 15324, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

Con respecto a las implicaciones que tienen estos principios, debe tenerse en consideración la posición del mismo Consejo de Estado cuando afirmó que:

Los principios y las reglas son normas jurídicas, pues unos y otras establecen un deber ser y, finalmente, exigen un determinado comportamiento. En efecto, los principios jurídicos, como las reglas, tienen valor de fuente del derecho, forman parte del ordenamiento jurídico y su violación puede ser sancionada. Sin embargo, difieren en que, en tanto las reglas prescriben y exigen determinada conducta de acción u omisión, tendientes a permitir, mandar o prohibir, los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales; y mientras en las reglas el juicio de valor ya se encuentra establecido al consagrar la proposición en que ella consiste, en los principios, sea que se contemplen o no en normas positivas, corresponde al intérprete realizar ese juicio a través de una operación intelectual acerca de la coincidencia de una situación concreta con el valor correspondiente, para determinar su observancia. Además, los principios funcionalmente son soporte estructural del sistema, puesto que establecen los criterios esenciales que animan el ordenamiento en una determinada situación o relación que interesa al derecho, se convierten en pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas, y constituyen fuente formal para

resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas.¹¹

De acuerdo con lo anterior, quienes participan y son responsables de la gestión contractual de las entidades del Estado, tienen el deber de gestionar tales contratos observando esos postulados, algunos de los cuales se traducen en reglas específicas, reglamentos, estatutos, manuales, procedimientos y otros instrumentos. Sin embargo, además de ese tipo de instrumentos, deben hacerlo aplicando “un ejercicio de interpretación por falencia o insuficiencia de normas positivas, aplicables para resolver problemas o conflictos específicos”¹².

Así, existe entonces un estrecho vínculo entre los principios que rigen la función administrativa y la contratación estatal, (por considerarse que la contratación estatal es actividad administrativa), y estos son la base fundante que soporta la estructuración de los principios que rigen la contratación estatal, los que fueron inicialmente incorporados en la ley 80 y posteriormente complementados por la ley 1150 de 2007.

Teniendo en cuenta entonces que la actividad contractual del Estado hace parte de la actividad de la administración, se tiene entonces que se rige también por el principio de legalidad, el Profesor George Vedel ha entendido la legalidad como aquello que es conforme a la ley y de acuerdo con Kelsen, la legalidad no es un conjunto de normas desordenado sino jerárquico, así, el actuar de la administración es reglado, razón por la cual la administración pública sujeta su actividad al ordenamiento jurídico, así, en materia de contratación estatal todo el actuar de la administración debe estar sujeto a los principios que la rigen, a los procedimientos de selección de contratista, y si bien existe el principio de la autonomía de la voluntad y la facultad de que se celebren contratos y se pacten cláusulas de las permitidas en el derecho privado, tal discrecionalidad encuentra sus límites en el ejercicio mismo de la actividad administrativa porque quiere decir

¹¹ Consejo de Estado. Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio. 3 de diciembre de 2007.

¹² Procuraduría General de la Nación. Óp. Cit. p. 5.

que la administración no puede hacer todo lo que quiera sino lo que la ley le permite, y si bien la ley permite que las estipulaciones en los contratos estatales sean las que de acuerdo con las normas civiles y comerciales correspondan a la esencia y naturaleza del contrato, no es menos cierto que al ser uno de los extremos una entidad estatal la prevalencia del interés general racionaliza la autonomía de la voluntad.

Si bien se aplican los principios de la función administrativa en la contratación estatal y las normas de derecho privado le son aplicables a estos contratos, es necesario tener en cuenta la importante modificación que se hizo con la expedición de la ley 80 de 1993, con la que se pretendió acabar con el trato dual de los contratos de la administración que implicaba tratar de manera diferente los contratos que tenían vínculo significativo con actividades administrativas o con servicios públicos frente a los contratos que se desarrollan en condiciones similares a las de los particulares, diferencia que tiene repercusiones en cuanto al régimen aplicable al contrato y a la jurisdicción competente, el primero de ellos, objeto del presente trabajo.

Señala el tratadista José Luis Benavides¹³ que cuando se trataba de los contratos vinculados con actividades administrativas o con servicios públicos, la responsabilidad del Estado sobre esa actividad pública exigía unas ciertas prerrogativas de control tanto del contratista como del contrato, y por ello estaba plenamente justificado el régimen exorbitante o excepcional del contrato, mientras que en los contratos mas aproximados a los suscritos entre particulares no se justificaba apartarse de las normas de derecho privado. Con la expedición de la ley 80 se abandonó ese tratamiento dual de los contratos y se reforzó entonces la base común de la contratación estatal fundamentada en la teoría general del contrato privado, afirmando la presencia de la autonomía de la voluntad en el contrato estatal, por ello entonces se crea la categoría de contrato estatal, contrato que permite incorporar o no cláusulas excepcionales en algunos eventos,

¹³ BENAVIDES. José Luis. Contratos Públicos Estudios. Universidad Externado de Colombia. 2014

dependiendo del objeto del contrato. Así, el abandono de la dualidad de los contratos de la administración impide que se identifique el contrato estatal con un régimen exorbitante, pues tal como lo establece el artículo 13 de la ley 80 de 1993, unos contratos son los que incorporarán dichas cláusulas de manera obligatoria, otros de manera facultativa, y en otros, en los que la ley no dispuso nada, no se pueden incorporar, por no existir autorización legal para ello, y el principio de la autonomía de la voluntad que rige en materia contractual cede ante el principio de legalidad que orienta las actuaciones administrativas, lo que no impide que las entidades ejerzan control sobre dichos contratos. Se abre paso entonces al fortalecimiento de la autonomía de la voluntad razón por la que no se habla hoy del contrato administrativo como tal, y que por lo mismo, pese a que la actividad contractual sea considerada como actividad administrativa y se rija por los principios de la función administrativa, no es conveniente la extrema división entre el derecho público y privado, pues lo adecuado es entender que la conveniencia del derecho privado no es incompatible con los fines de la contratación y de la actividad administrativa y que la libertad contractual fundada en la autonomía de la voluntad, se ejerza en pro de la satisfacción de los intereses generales.

Ahora bien, resulta pertinente señalar que el régimen del contrato no determina el de su contratación, así, el régimen que regula la ejecución del contrato es distinto al procedimiento que se adelanta para su conformación, es decir, que pese a que el contrato se rija por normas privadas, el procedimiento que se adelanta para la suscripción del mismo se rige por las normas que regulan los procesos de selección de contratista, razón por la cual se debe señalar que la regulación de la ejecución de los contratos estatales que se rigen por derecho privado no incide en el procedimiento que se aplique, pues este procedimiento se surte de conformidad con lo señalado en la ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007 y el decreto 1082 de 2015 y que no se puede considerar que la aplicación del derecho privado sea lejana al interés general y no se opone a considerar genéricamente que el contrato es estatal.

El Consejo de Estado ha afirmado que “no existen en estricto sentido contratos celebrados por la Administración Pública que se rijan totalmente por el derecho privado” y expuso las siguientes consideraciones: “...cuando la Administración Pública celebra contratos a los cuales se aplican preponderantemente aquellas reglas que son propias de los contratos que celebran los particulares, no puede afirmarse que tales contratos sean en estricto sentido contratos de derecho privado, es decir iguales a los que celebran los particulares entre sí, pues, el hecho de que sean celebrados por una entidad pública conlleva, necesariamente, la aplicación de una serie de reglas propias del derecho público, tales como las relativas a la competencia, las que determinan la formación de la voluntad y aquellas que regulan la forma, entre otras, entonces, se puede afirmar que tales contratos son fundamentalmente actos jurídicos mixtos que estarían regidos de un lado por el derecho público (competencia, voluntad y forma) y, de otro lado por el derecho privado (efectos de las obligaciones, consentimiento, objeto), lo cual también puede afirmarse de los llamados contratos administrativos.”¹⁴

En igual sentido la ley 1150 de 2007 en su artículo 13 retomando lo señalado por el Consejo de Estado plasmó esta realidad al consagrar que todo contrato de la administración así no esté regido por el estatuto contractual, debe respetar unos mínimos de derecho público que se imponen por la presencia de una entidad pública.

Debe entonces entenderse que en materia de contratación estatal no es adecuado polarizar dicha actuación administrativa en las normas y principios del derecho público o del derecho privado, sino que debe existir una adecuada modulación entre la aplicación e interpretación de tales principios y las normas jurídicas que regulan cada contrato, pues las normas de derecho privado encuentran su límite en los principios que protegen el interés general y los recursos públicos.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera, consultar sentencia de 9 de octubre de 2003, expediente número 13.412.

Con base en lo anterior, el artículo 77 de la ley 80 de 1993 dispone que en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de la misma ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales y a falta de ellas regirán las del Código de Procedimiento Civil. Ello indica que efectivamente la contratación estatal es función administrativa, pero puede decirse que especial, porque se enmarca dentro de los principios de esta, pero admite la presencia de la autonomía de la voluntad.

Se puede señalar que la razón principal para que se diera este régimen aplicable en los contratos estatales obedeció a la filosofía neoliberal que representaba la privatización y así se tiene entonces que las normas de derecho público y privado se entrelazan para permitir una actividad contractual que permita agilidad y eficiencia, lo que nos permite establecer que no es necesaria la separación entre el derecho privado y el derecho público sino la aplicación coordinada de sus principios en una materia que tiene componente de los dos.¹⁵

En el proyecto de reforma de la ley 80 de 1993, busca que en el nuevo concepto de sistema de compra pública la regla general sea que no comporte actos administrativos, y que las actuaciones de las entidades por regla general no sean función administrativa salvo en los casos de ejercer facultades especiales, lo que no implica desconocer la prevalencia del interés general, el concepto de gasto público, la aplicación de los principios que el mismo proyecto de ley señala para la compra pública y la finalidad de cumplir la misión por parte de las entidades estatales, por ello establece la aplicación de normas de derecho privado recalcando que existen unas diferencias en el sector privado y público porque mientras en el sector privado el propósito es la rentabilidad de accionistas, en el sector público es cumplir la misión de las entidades en beneficio de la calidad de vida, el riesgo de una mala contratación en el sector privado se refleja en los ingresos, y en el sector público en la no satisfacción del interés general.

¹⁵ DAVILA. Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Editorial Legis. 2016

Por ello concluye la exposición de motivos que en la compra pública deben considerarse tanto la autonomía de la voluntad como el interés público y reitera la aplicación de las reglas de derecho civil y comercial salvo en lo regulado expresamente en la ley. Señala que se pretende tener un estatuto con vocación universal simple y flexible que se adapte tanto a las tecnologías como a las necesidades cambiantes de la compra pública.

Como aspecto importante de la reforma se tiene que las actuaciones de las entidades estatales en el sistema de compra pública tienen como propósito cumplir su misión a través de la ejecución de recursos y como se está cambiando la percepción de la compra pública para dejar de verla como un tema de procedimientos legales y administrativos, se incorpora el aspecto sobresaliente de tener la compra pública o los procesos de abastecimiento como asuntos de gerencia pública lo que hace que éstos sean vistos no como función administrativa de manera general, sino excepcionalmente cuando las entidades hagan uso de las llamadas facultades especiales, y ello para equiparar los derechos y obligaciones de las partes cuando están en condiciones de igualdad.

2. EN CUANTO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO ESTATAL

De conformidad con la ley 80 de 1993 hoy se puede decir que el criterio que determina la naturaleza jurídica del contrato estatal es el criterio orgánico, ello por cuanto el artículo 32 de la referida ley señala que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el estatuto.

Sin embargo, este tema ha sido dinámico y ha tenido distintas evoluciones. Hace un tiempo en Colombia se consideraba que los contratos de la administración eran contratos de derecho privado, pues hasta el año 1964 la competencia para conocer de dichos contratos era de la jurisdicción ordinaria. Luego el decreto 528 de 1964 determinó que la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo era para conocer controversias de contratos administrativos, es decir que implícitamente admitía otros contratos, pero no se había definido el concepto de contrato administrativo ni los criterios para diferenciarlo de los contratos privados, solamente la jurisprudencia se encargó de señalar que los contratos administrativos eran los que tenían cláusulas exorbitantes y en especial la de caducidad. Posteriormente se expide el decreto ley 1670 de 1975 que se ha tenido como el primer estatuto de contratación propiamente dicho, éste fue derogado totalmente por el decreto ley 150 de 1976, en estos dos se continuaba aplicando el criterio jurisprudencial de la naturaleza jurídica del contrato estatal. Luego este decreto fue derogado por el decreto ley 222 de 1983, esta ley identificó los contratos de la administración que eran contratos administrativos y los diferenció de los contratos de derecho privado de la administración, a partir de este momento se abandonó el criterio jurisprudencial y se tuvo un criterio legal. Esta norma enlistó los contratos administrativos señalando así los de concesión de servicios públicos, las obras públicas, los de prestación de servicios, suministro, interadministrativos, explotación de bienes del Estado, empréstito, conducción de correos, los que celebraran las instituciones financieras y los organismos internacionales y finalmente señaló que los demás contratos eran de derecho

privado de la administración, con ello, se entendió que los contratos administrativos eran los que la ley señalaba y los contratos privados de la administración serían los demás.

En la actualidad, conforme al estatuto contractual, ley 80 de 1993, no se menciona la existencia de los contratos administrativos ni de contratos de derecho privado, se habla de contrato estatal con un amplio criterio para enmarcar todos los contratos celebrados por las entidades públicas, es decir que ya no se aplica un criterio legal ni jurisprudencial sino que se aplica un criterio orgánico para identificar la naturaleza jurídica del contrato estatal y señala que la reglamentación por la cual se regirá serán las disposiciones civiles y comerciales, salvo que el estatuto contractual regule de manera particular, en ese entendido, los artículos 13 y 40 de la ley 80 de 1993 establecen que en los contratos estatales se pueden hacer las estipulaciones que de acuerdo con las normas civiles y comerciales correspondan a la esencia y naturaleza del respectivo contrato.

Con esta nueva concepción la calificación de contratos estatales se refiere a los contratos de las entidades públicas tanto a los nominados, como innominados, a los señalados en las normas de derecho privado y en el estatuto de contratación y que constituyan un acuerdo de voluntades que genere obligaciones, bien sea celebrado entre entidades públicas o entre estas y particulares.

Podría pensarse, tal como lo señala el Profesor Libardo Rodríguez ¹⁶ que desde el punto de vista del régimen aplicable la filosofía del estatuto contractual actual está acorde con la política neoliberal de privatización existente en la época de su expedición con la finalidad de someter todos los contratos de la administración al régimen del derecho privado y solo de manera excepcional al derecho público, situación que no resultó del todo cierta por cuanto la misma norma señaló que algunos contratos estatales no estaban sometidos al estatuto, pero de manera general se puede afirmar que a los contratos estatales se les aplica un régimen

¹⁶ RODRIGUEZ. Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Temis. Decimonovena edición. P. 542-554.

jurídico mixto y dicho régimen se aplica con el criterio señalado en el estatuto contractual: se aplicarán las normas consagradas en el ordenamiento privado salvo en las materias reguladas particularmente en el estatuto contractual.

Decantado como está que la naturaleza jurídica del contrato estatal obedece a un criterio orgánico, el régimen que se aplica a dichos contratos se ha entendido como un régimen mixto, pero la aludida autonomía de la voluntad y la aplicación de las normas de derecho privado propia de los contratos, pese a estar reconocidas en el estatuto contractual, no tienen una aplicabilidad tan amplia, pues dado que confluyen factores como el interés general, los recursos públicos, la actuación administrativa y el servicio público, debe tenerse una modulación en cuanto al régimen jurídico aplicable a los contratos estatales por la incidencia de estos conceptos en los contratos mismos.

2.1. TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

La intervención del Estado y particularmente de su actividad administrativa dentro de la sociedad ha sido comprendida desde la perspectiva que se conoce como la teoría del servicio público, dado que ésta teoría permite realizar distinciones entre la función de los particulares y las actuaciones propias del aparato estatal. Esta teoría tuvo su origen en la jurisprudencia de Francia durante el Siglo XIX, en respuesta a la necesidad de ponderar a esa estructura sólida y con poderes tan amplios, que los particulares se veían frente a ella como si se tratara de súbditos en lugar de ciudadanos¹⁷. De acuerdo con Duguit, el servicio público debe considerarse un elemento del Estado en sustitución del sistema monárquico.¹⁸

De acuerdo con Maurice Hauriou, el servicio público se constituye en la razón de ser de la administración pública, por lo que se convierte en tema fundamental del

¹⁷ ANGULO, Juan José. Riesgo de oportunismo del gobierno en el sector eléctrico colombiano. Aproximación al diseño institucional de la regulación eléctrica en Colombia. Universidad del Rosario. Bogotá. 2012.

¹⁸ DUGUIT, L. Traité de Droit Constitutionnel, T. II, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. París. 1923, pág. 54.

Estado Moderno¹⁹; por ello, el servicio público es también tema central del derecho administrativo²⁰. Entre tanto, para Rivero servicio público es “toda actividad de interés general que la administración asume”²¹.

Con respecto a la evolución histórica del concepto, Maldonado²² refiere que la primera vez que se habló del servicio público en los órganos jurisdiccionales franceses fue en el llamado fallo Blanco²³, cuando se hizo responsable al Estado “por el daño causado a los particulares por personas que el Estado emplea en el servicio público”. En algunos países de Europa el servicio público es conocido bajo la denominación de servicio económico de interés general o servicio universal, en consideración a su impacto en la sociedad. La comprensión de este servicio en términos de René Chapus se resume así:

La administración es sumisa a un derecho que rige su organización y su actividad y, por ende, su relación con los asociados, quienes son su razón de ser y en la cual tiende a satisfacer sus necesidades mediante el ejercicio de actividades de interés general o, más precisamente, actividades de servicio público.²⁴

El concepto de servicio público ha sido desarrollado desde tres perspectivas diferentes, como son la orgánica, la material y la funcional; desde la primera, el

¹⁹ VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., 2005, p. 27.

²⁰ MONTAÑA, Alberto. El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 136.

²¹ RIVERO, Jean. Droit administrative. París: Dalloz, 1996. Citado por Alberto Montaña Plata, El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 168.

²² MALDONADO, Tomás. La noción de servicio público a partir de la concepción del Estado Social de Derecho. Universidad del Norte. Actualidad Jurídica. 2007. Barranquilla. Pp. 54-64.

²³ Fallo que en 1872 resolvió el caso instaurado por el padre de Agnès Blanco, donde una menor resultó lesionada después de ser arrollada por un camión del Estado. El caso sirvió como precedente a que la responsabilidad del Estado también se extienda a las actividades realizadas por él con ocasión al servicio público y, por tanto, el Tribunal resolvió que debió regirse por las normas del derecho público y no las del código civil, como anteriormente se hacía. MALDONADO, Tomás. Óp. Cit. pp. 56.

²⁴ CHAPUS René. Droit administratif général, París. Montchrestien, 1998. p. 1. Citado por Alberto Montaña Plata, en: El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 52.

concepto de servicio público corresponde a un organismo de derecho público que existe para prestar un servicio también público, lo que implica una competencia de carácter técnico²⁵. Así mismo, desde la perspectiva material las actividades propias del servicio público son las que se orientan a la satisfacción de un interés general, son ejercidas por un organismo público y normalmente están por fuera de la órbita del derecho privado²⁶. Y desde la perspectiva funcional, el servicio público es definido como una actividad de interés general que se identifica por la existencia de reglas y poderes exorbitantes²⁷. Por su parte, Palacio, al analizar el asunto, plantea que “Al Estado, como simple garante de los derechos individuales, se le asignaron tareas de intervención de la órbita de los particulares en la búsqueda del beneficio comunitario, otorgando gran importancia a la noción de servicio público y a sus obligaciones sociales”²⁸. La autora señala que los nuevos derroteros y orientaciones estatales, su vocación competitiva, su papel de ente regulador, la nueva concepción de los servicios públicos y su finalidad social, las políticas económicas de globalización, la cercanía entre el mundo público y el mundo privado y sus regulaciones; la satisfacción del interés general como una obligación y la aplicación de reglas igualitarias, “constituyen la base fundamental de una nueva concepción y organización social, con un especial concepto de legalidad y legitimidad, donde el particular y el Estado aúnan sus fuerzas en orden a la búsqueda del mejoramiento de la calidad de vida de los asociados y su justicia material”.²⁹

Se observa que el interés general es una expresión común al referirse a la conceptualización del servicio público, dado que ese interés aparece como la razón justificadora de la intervención del Estado; podría afirmarse entonces que el

²⁵ CASTRO CUENCA, Carlos. Aproximación a la Corrupción en la Contratación Pública. Especial Referencia a las Fórmulas de Tipificación de la Corrupción en la Contratación Pública. Universidad de Salamanca. España. 2009. Pág.131

²⁶ JEZÉ, G. Principios generales del derecho administrativo. T. II. 1, La noción de servicio público, los agentes de la administración pública. Depalma. Buenos Aires. 1949, pág. 9.

²⁷ AUBY J, DUCOS R., AUBY J. Institutions administratives. 1971. pp. 24 a 27.

²⁸ PALACIO, María Teresa. “*Resurgimiento o Crisis de la Noción de Servicio Público*”. Revista de Derecho Público No 11 Junio de 2000 Universidad de los Andes Facultad de Derecho. p. 4.

²⁹ *Ibíd.* p. 12.

servicio público es entendido como un mecanismo de atención de necesidades de la comunidad, que actúa bajo parámetros específicos y propios de su naturaleza.

Con respecto al nivel de intervención del Estado en la atención del servicio público han existido a lo largo de la historia diferentes posiciones. El mismo Duguit al respecto sostuvo que el servicio público:

Es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante.³⁰

Esta es una posición que supone la plena intervención del Estado como un requisito para la atención de este tipo de servicio. Sin embargo el concepto se ha ido concretando en la medida en que le han sido reconocidas determinadas características como la generalidad, la igualdad, la continuidad y la obligatoriedad. La generalidad se refiere al hecho de que debe tratarse de una actividad que no puede estar dedicada a atender las necesidades de unos pocos particulares mientras que se excluye a otros miembros de la sociedad; quiere esto decir que el servicio debe resultar asequible a todos los miembros de la sociedad, ya sea que finalmente todos hagan o no uso de él.³¹

El atributo de igualdad del servicio público se refiere a que la forma como el mismo se presta es igual para todos los integrantes de la comunidad, es decir, sin que exista ninguna discriminación en razón de calidades individuales de cada persona; en virtud de este atributo, tanto las características del beneficio recibido como del costo o contraprestación, deben ser las mismas para todos los integrantes de la sociedad. Por su parte la continuidad se refiere a que la disponibilidad del servicio no puede ser ocasional sino permanente, por lo que no pueden presentarse

³⁰ 4DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho público. Madrid. Francisco Beltrán, 1926. p.105.

³¹ MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo Tomo II. Tercera Edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot. 1988.

interrupciones en su prestación bajo ninguna circunstancia ni por ninguna justificación. Por último, la característica de obligatoriedad se refiere a que su prestación no puede resultar opcional o discrecional para el organismo estatal que lo presta o para quien lo haga en su nombre, si fuera el caso.

No se requiere sin embargo que un Estado preste de manera directa los servicios de interés general para que éstos sean considerados como servicios de carácter público; de hecho en la mayoría de las sociedades contemporáneas los particulares asumen la prestación de algunos de esos servicios. En la medida en que el Estado requiere recurrir a particulares para la prestación de algunos de esos servicios, se requiere de la celebración de contratos entre el organismo estatal y particulares. Así mismo es posible que, si bien el organismo público sigue siendo el encargado de atender la prestación de tales servicios, debe adquirir productos o servicios, y contratar arrendamientos para poder operar.

Con respecto a la importancia que en Colombia se le reconoce al servicio público, ésta puede deducirse del pronunciamiento de la Corte Constitucional cuando afirmó que el servicio público de interés general prestado por un particular hace que éste adquiera el carácter de autoridad, pues existe un ejercicio del poder público, y la característica fundamental del servicio público, es que tiene un régimen especial en atención al servicio³². Igualmente la Corte ha señalado que su carácter esencial se predica cuando las actividades que lo conforman contribuyen “de modo directo y concreto a la protección de bienes, a la satisfacción de intereses o a la realización de valores ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales”³³.

En concordancia con estos conceptos del servicio público y de la actividad administrativa, se puede afirmar que los contratos estatales constituyen una forma de materialización del servicio público y de actividad administrativa pues a través

³² Corte Constitucional. Sentencia T-507 de 1993. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-473 de 1994. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

de ellos se busca el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. Así, los contratos de compraventa y arrendamiento, al igual que los demás que requiera el aparato estatal para cumplir su función, están llamados a garantizar un modelo de relación entre el Estado y los particulares en el cual se garantice en primer lugar el beneficio general por encima del beneficio individual y se aseguren las condiciones necesarias para que los mencionados conceptos sean viables. A diferencia de un contrato similar acordado entre particulares, en el caso de la contratación pública debe pensarse primero en la necesidad general que se va a satisfacer con la celebración del referido contrato, los recursos con los que se va a financiar, el impacto que va a tener en la comunidad, por tanto en unos contratos deben incluirse cláusulas que doten al Estado de los elementos jurídicos suficientes para poder cumplir el rol que la misma sociedad espera que cumpla, en otros es potestativa dicha inclusión y en otros está prohibida.

Los contratos estatales no están alejados del concepto de servicio público ni del de actividad administrativa, sino que por el contrario lo materializan, y en la actualidad dada la importancia de la evolución de los servicios públicos se evidencia una mayor participación de los particulares en la prestación y gestión de los mismos, razón por la cual las normas de derecho público y privado se han armonizado en función de la satisfacción de las necesidades de la comunidad y la prevalencia del interés general.

La misma constitución política consagra la posibilidad de que tanto el sector público como el sector privado se involucren en el desarrollo de la actividad de servicio público, sin que por ello se desconozcan los deberes estatales y lo que debe entenderse es que la misma constitución consagra una unidad entre las actuaciones de los particulares y de las entidades públicas unidad que se ve reflejada en los principios que la carta consigna. Así pues se tiene entonces la garantía de la iniciativa privada y de la libertad de economía privada y una intrevención del Estado en la economía como agente regulador de ese sistema.

En la actualidad la constitución ha establecido la posibilidad de que los particulares puedan prestar servicios públicos, lo que refleja que las normas de derecho privado no se oponen a las finalidades del servicio público sino que por el contrario se complementan, esto se refleja con el reconocimiento a la libertad de empresa que no puede estar opuesta a las finalidades públicas sino que hace parte de los presupuestos de la estructura pública y el Estado como vigilante debe ser garante de que el servicio público que desarrollen particulares no se haga de manera abusiva sino dentro del contexto de las finalidades públicas y del interés general, tal como lo preceptúa el artículo 333 de la Constitución, la libertad económica privada encuentra sus límites en el bien común y tiene unas responsabilidades.

Cuando los particulares en ejercicio de la libertad económica prestan servicios públicos, el Estado interviene en la regulación de tal actividad bien sea a través de la expedición de normas o de la ejecución de actividades económicas en condiciones idénticas a las de los particulares o bajo un régimen preferencial. Es así como las nuevas concepciones del servicio público no se relacionan solamente con el Estado como tal sino que admiten que los particulares como colaboradores del Estado participen en estos y lo que se tiene es que dentro de la estructura del Estado mismo se contempla esta situación para así poder regularla.

La razón por la que se ha promovido el desarrollo de la iniciativa de la empresa privada es porque el Estado requiere encontrar mecanismos que le permitan realizar sus fines de una manera mas eficiente, por ello se concibe a los particulares dentro de ese servicio público como unos colaboradores de la administración pública, es decir que lo importante para el Estado no radica en privatizar o intervenir la economía sino en lograr sus fines. Así, la intervención del Estado tampoco puede llegar a ser absoluta ni arbitraria sino que es una intervención regulada porque se hace para garantizar el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo.

Antes de la constitución de 1991 los particulares tenían la posibilidad de prestar servicios públicos pero debían estar habilitados para ello, después de la constitución sujetos de distinta naturaleza pueden prestar tales servicios. Esta concepción implica un nuevo concepto del servicio público, es decir ya no se atiende a un criterio subjetivo orgánico en el que se considera que solo las entidades estatales pueden prestar este servicio; debe estarse entonces a un criterio objetivo de los servicios públicos porque tienen un contenido material y es la prestación misma del servicio que se hace en función del interés general.

En aras de abordar el tema con mayor claridad conviene retomar lo señalado por el Consejo de Estado ³⁴en cuanto al servicio público y la función administrativa. Señala el Consejo de Estado que existen a nivel doctrinario 3 posturas tendientes a determinar si la prestación de los servicios públicos puede o no ser considerada función pública; así, una tesis que dice que la prestación de servicios públicos debe ser considerada como función pública porque con la Constitución de 1991 los servicios públicos tienen doble dimensión: actividad económica y función social del Estado y pese a ser considerados actividad económica, el Estado no puede desconocer el interés general. Una segunda teoría que señala que para que una actividad sea considerada como función pública, la constitución o la ley deben atribuir a una autoridad el deber exclusivo de realizarla, circunstancia que no ocurre con los servicios públicos y por eso su prestación no puede ser función administrativa, porque ni la constitución ni la ley señala que estos servicios sean solo prestados por el Estado y por el contrario habilitan a los particulares para ello. Y una tercera teoría que señala que la prestación de los servicios públicos no constituye función pública y solamente unas actividades que se llevan a cabo durante su desarrollo pueden calificarse como tal, señala esta teoría que la constitución de 1991 ordena que los servicios públicos se desarrollan en condiciones de libre competencia entre públicos, mixtos y privados y se someten a un régimen de igualdad donde el Estado ejerce funciones de regulación, control y

³⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera de la sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente Alier Hernández. 17 de febrero de 2005. Expediente Número 27673.

vigilancia y por ello la prestación de los servicios públicos no se podría considerar función pública salvo que conlleve poder inherente al Estado; circunstancia esta que se refleja en el proyecto de reforma de la ley 80 de 1993 en virtud de la cual, se quiere considerar función administrativa en la actividad contractual del Estado, el ejercicio de poderes especiales; de esta manera, se tendría que ejercer una atribución especial o un poder excepcional sería ejercer función pública; así, la función pública se diferencia de la privada por su carácter unilateral y por la fuerza ejecutoria de las decisiones, y encuentra su justificación en la prevalencia del interés general y la continuidad del servicio público. Por eso, la prestación del servicio público lleva asociado el ejercicio de potestades que constituyen el ejercicio de función pública estatal o administrativa, pero la prestación misma del servicio no es función estatal.

De acuerdo con el criterio funcional que define el servicio público, el que se entiende como una actividad de interés general que se identifica por la existencia de reglas y poderes exorbitantes, se tiene que el régimen jurídico aplicable al acto administrativo es expresión de función administrativa por estar sometido al régimen jurídico de los actos administrativos y será de derecho privado si es expresión de una función propia de los particulares por estar sometido al régimen de tales personas. Por ello, la remisión que hacen las normas públicas contractuales a preceptos de derecho privado no tiene por ese solo hecho la capacidad de alterar la naturaleza pública de los negocios que celebran las entidades estatales; por el contrario, lo que se refleja es una adaptación a los requerimientos y necesidades del mundo contemporáneo.

Puede decirse que el desplazamiento de actividades privadas al sector público y de encargar actividades de servicio público al sector privado generó una crisis de la noción de servicio público y se tuvo que revisar su conceptualización; hoy se puede decir que predomina una cultura de tipo comercial, razón por la cual se busca el balance entre los conceptos de costo-beneficio y por ello se concibe el servicio público como el desempeño de una actividad económica que se desarrolla en condiciones de igualdad y garantía de libre acceso, se da una penetración del

derecho privado en los servicios públicos y una penetración del Derecho Público en las actividades particulares. Por eso se llega a una conclusión que no todas las actividades de servicio público las realiza la administración porque algunas las efectúan particulares y no siempre la administración cumple actividades de servicio público en sentido tradicional pues a veces desarrolla actividades de carácter privado como ocurre con las de empresa industrial y comercial. Es decir que no por ser actividad de servicio público es sólo del Estado, y que tampoco por ser servicio público quiere decir que los particulares actúen de manera general como el Estado, porque prevalece entonces el sentido material en el que el servicio público es una actividad no necesariamente desarrollada por organismos públicos. En Colombia tanto el constituyente como el legislador consideraron que los servicios públicos no son en principio función administrativa por cuanto su regulación se dio en el régimen económico y de la Hacienda Pública y por el contrario lo relativo a la función pública en el título de la organización del Estado, así, se evidencia que se superó la noción francesa en la que se asimila el servicio público a la función pública. . En la actualidad el régimen que regula el servicio público es una mezcla de regímenes que implica diversos grados de aplicación del derecho privado y el derecho público especialmente administrativo, así, el Profesor Rivero señaló que la única forma de enunciar en cuanto al régimen jurídico del servicio público es que cuando se está en presencia de un servicio público se somete al derecho público la parte de la actividad que se relaciona con el objeto perseguido es decir lo que el tratadista llama la proporcionalidad de los medios a los fines.

De acuerdo con lo anterior, se puede señalar que la concepción del servicio público entendido como una actividad administrativa que no se impone a la comunidad sino que sirve a la misma, que no se desarrolla en virtud de la autoridad de la administración pero que sí dota a los prestadores de unas precisas facultades que garanticen las finalidades públicas incide también en la concepción de los contratos estatales, y favorece que en ellos se puedan aplicar las disposiciones del derecho civil y comercial toda vez que hacen parte de un contexto económico y social del Estado y ese régimen de derecho privado en

armonía con los principios que rigen la actividad administrativa y la contratación estatal se convierte en un garante del desarrollo de la actividad que involucra finalidades públicas, evidenciando una adaptación del derecho administrativo al modelo de estado y una adaptación del derecho público que ha generado la desestatización de funciones a favor del mercado y se da entonces un repliegue de las funciones del Estado a favor del mercado, se habla de un Estado regulador para resolver los intereses del mercado y de la ciudadanía lo que conlleva a replantear el régimen jurídico de prerrogativas y potestades excepcionales y se dan unas limitaciones y un control a la discrecionalidad. Surge la despublificación para hacer más ágil la actividad administrativa y equilibrar la posición del particular, lo que se conoce como la huída del derecho administrativo que tiene como alcance aplicar como régimen propio de la organización y actividad de la administración el derecho civil y comercial como presupuesto para que la administración alcance los estándares de eficiencia y eficacia que no se logró con las prerrogativas especiales.³⁵

Con base en lo expuesto, se tiene que con la apertura económica se generaron retos de Gobernabilidad, razón por la cual el Estado debe tener nuevas maneras de ejercer la función administrativa mediante la delegación de algunas competencias y la colaboración privada; ello representa la desestatización de funciones a favor del mercado, cambios en la interacción entre el Estado y los particulares lo que favorece que la tradicional actividad administrativa imperativa y desarrollada con actos unilaterales se transforme en actividad contractual y consensual. Este campo abre la posibilidad de que la actividad contractual pública de las entidades no sea solo de derecho público sino que se sirva del derecho privado sin que ello implique en estricto sentido la privatización de esta actividad. Puede decirse entonces que los contratos estatales se entienden dentro de un concepto de derecho económico o de análisis económico del derecho, encuadrado dentro de la regulación económica compatible con las cargas y prerrogativas del

³⁵ RESTREPO, Manuel. La respuesta del derecho administrativo a las transformaciones recientes del Estado Social de Derecho. Revista Saberes. Universidad Alfonso X El Sabio. Vol. 5 2007

derecho público y en armonía con la competencia, fundamentando entonces el contrato estatal como el servicio público en el modelo constitucional económico superando la noción francesa del servicio público conforme al cual era asimilable a una función pública y entender que solo sea función pública o administrativa el ejercicio de poderes especiales, para de esta manera armonizar el derecho público y privado en la actividad contractual del Estado.

En relación con la actividad administrativa, se puede decir que esta se constituye como el actuar de la administración que se encuentra sujeto al principio de legalidad y con el cual se busca cumplir los fines del Estado y garantizar la prevalencia del interés general, son las actividades fundadas en el ordenamiento jurídico que se dirigen a satisfacer intereses públicos, esta actividad es dinámica y cambiante e implica el ejercicio de actividades de policía administrativa, de servicio público, y el ejercicio de actividades económicas, en desarrollo de estas últimas se suscriben contratos para desarrollar actividades prestacionales y realizar actividades empresariales.

Algunas actividades administrativas pueden representar un atractivo económico, más aún las que tienen que ver con servicios públicos, por ello pese a que el Estado no se desprende de las finalidades públicas, evidencia la posibilidad de que la prestación de unos servicios sea lucrativa y que genere importantes recursos así como la posibilidad de inversión privada, esta última promovida por la Constitución Política de 1991 generando entonces un cambio en el modelo de gestión de los mismos que incide en la forma de contratación para el Estado que no es ajeno a esta realidad. De esta manera existe un cambio en la forma tradicional en que se concibe la actividad administrativa pues al entenderse la incidencia de los atractivos económicos de ciertas actividades administrativas, la regulación de las mismas debe ser distinta en aras de permitir la agilidad y eficiencia, garantizar las libertades reconocidas por el constituyente sin olvidar la finalidad de lo público que el ejercicio de ellas implica, y esto sin duda alguna repercute en la forma de contratación del Estado, por ello, la forma como se

concibe actualmente el servicio público y la actividad administrativa, favorecen la aplicación del derecho privado en la contratación estatal.

Esto guarda estrecha relación con las tendencias del derecho público en las que se ha superado el término de Soberanía donde se entendía que el Estado no podía tener competidores, lo que se busca es que el Estado deje de ser el todo para que sea una parte y de esta manera no sea difícil entrar en relaciones jurídicas con el Estado. Esto quiere decir que pese a que el Derecho Público se constituyó sobre el principio de soberanía, este principio ha ido adaptándose a nuevas realidades y dentro de esas nuevas realidades se tiene que la realización de tareas para cubrir el interés general exige aparatos organizativos que actúan con reglas empresariales de eficiencia y funcionamiento, lo que reafirma un principio de autonomía funcional de la administración sin que sea fuerte el criterio de la predeterminación legislativa de la actuación administrativa. La ley entonces identifica a la autoridad pública y la faculta para actuar en pro de un interés público.

Podría entonces asociarse lo anterior con el significado de lo público no estatal en virtud de lo cual el Estado se renueva para desplegarse y servir mejor a la sociedad generando una articulación entre el Estado y la sociedad que se organizan para intervenir en el campo de las políticas públicas sociales. Así, el impacto que ha tenido la participación de actores no estatales en la prestación de servicios públicos ha fortalecido la democracia y ha permitido la ampliación de servicios.

Adentrandonos en el campo de la contratación estatal, se había entendido, que en la medida en que el objeto del contrato que se celebre tuviera mayor conexión con el servicio público, debía incluir cláusulas excepcionales, es decir que el contrato estatal, en el nuevo concepto incorporado por la ley 80 de 1993 permite incluir o no cláusulas exorbitantes dependiendo ya no de la calificación misma del contrato, sino del vínculo del objeto con una obra o servicio público.

Los contratos estatales hacen parte de la actividad administrativa toda vez que a través de ellos la administración ejecuta decisiones que implican actividad para el cumplimiento de los fines estatales. Como el contrato estatal está ligado a la actuación administrativa, quiere decir que se subordina al principio de legalidad en virtud del cual se determina el contrato tanto en su esencia, como en su formación y ejecución. En materia de contratación la ley 80 de 1993 permitió que las entidades estatales celebraran contratos previstos en el derecho privado, y los que se deriven de la autonomía de la voluntad, no solo aquellos enlistados de manera específica.³⁶

Este principio de legalidad en materia contractual se ve reflejado, tal como lo señala el Dr. Güecha³⁷ en la formación del contrato como tal, y en algunos de los requisitos que le son propios, lo que se origina por ser el contrato actividad administrativa.

Tal como lo señala la sección tercera del consejo de estado, la aplicación del régimen jurídico proveniente del derecho privado a un contrato celebrado por una entidad estatal, no tiene la virtualidad de modificar la naturaleza pública del contrato, puesto que ésta se define desde el punto de vista orgánico (entidad contratante) o funcional (materialidad del negocio jurídico bilateral) Consejo de estado sección tercera auto 20/08/98 exp. 14202.

Se trata entonces de entender que el Estado funciona en una interacción y relación con actores públicos y privados, así el Estado pierde un poco su papel rector y debe interactuar con nuevos actores públicos y privados y se orienta entonces una nueva concepción de la acción de un gobierno y el manejo de la

³⁶ En este aspecto, vale la pena señalar que en el proyecto de reforma de la ley 80 de 1993 continúa manejando el criterio orgánico pero se habla entonces de compra pública y se entiende como las decisiones que toma el Estado para ejecutar gasto público, de igual forma el proyecto de reforma señala una ausencia de tipicidad de los contratos, no se hace referencia a tipos de contratos en particular como lo hace el artículo 32 de la ley 80 de 1993, pues la premisa es la aplicación del derecho privado y la autonomía de las entidades estatales para definir su alcance y contenido de los contratos que celebran con la finalidad de satisfacer las necesidades, cumplir funciones y objetivos estratégicos.

³⁷ GÜECHA. Ciro. Contratos Administrativos Control de Legalidad de los actos precontractuales. Ibañez. 2007.

gestión pública, lo que se relaciona estrechamente con el concepto de gobernanza, entendido éste como la manera de gobernar teniendo como objetivo el desarrollo económico, social e institucional promoviendo el equilibrio entre el Estado, la sociedad, la economía y el mercado.

Se puede concluir que debido a la finalidad existente de la satisfacción de las necesidades de la comunidad y de los fines generales que cumple el Estado, estos se satisfacen con la prestación de servicios públicos en virtud de los cuales se genera una actuación administrativa la que se materializa entre otras formas con la suscripción de contratos, sin que ello implique que sea siempre ejercicio de función administrativa, lo que abre paso a la aplicación del derecho privado, como lo pretende el proyecto de reforma del Estatuto de contratación, no hay entonces incompatibilidad en la existencia de un régimen mixto que regula los servicios públicos y la contratación estatal pues lo que se debe cumplir es la satisfacción de las necesidades de la comunidad dentro del marco jurídico regulatorio atendiendo el principio de legalidad. Aspectos éstos que se ven fortalecidos con el proyecto de ley que busca reformar la ley 80 de 1993 pues se entiende la compra pública como un componente de la agenda del progreso económico y se percibe como un asunto de gerencia pública que es estratégico para el funcionamiento del Estado, concepción que comporta que en los procesos de compra pública o abastecimiento se quiera tener como excepción la función administrativa para equiparar los derechos y obligaciones de las partes cuando están en condiciones de igualdad, que es lo que se pretende fortalecer en el proyecto de reforma de la ley 80 de 1993, para entender que en estos procesos lo que importa a las entidades es lograr más eficiencia, eficacia y economía, fortaleciendo el concepto de valor por dinero. De esta manera el propósito de la reforma es que la compra pública deje de ser vista solo como un tema de procedimientos legales ya administrativos para adentrarse en un concepto de Gerencia Pública, de equivalencia entre derechos y obligaciones de las partes del contrato, lo que comporta el fortalecimiento de la aplicación de las normas de derecho privado en los procesos de compra pública.

Vale la pena entonces abordar el análisis de la evolución legal que se tuvo en relación con la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por las entidades públicas a la luz de lo señalado por el decreto ley 222 de 1983 con la finalidad de comprender los cambios incorporados por la ley 80 de 1993 y la nueva concepción de la categoría de los contratos estatales y su régimen regulatorio.

3. LA NOCIÓN DE CONTRATO ESTATAL EN LA LEY 80 DE 1993. ANÁLISIS COMPARATIVO DEL DECRETO LEY 222 DE 1983

3.1. PROFUNDIZACIÓN DE LA TESIS DUALISTA DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS (CONTRATO ADMINISTRATIVO Y CONTRATO DE DERECHO PRIVADO)

Dado que en el presente trabajo se pretende hacer un análisis de dos de los contratos regulados por el derecho privado que son celebrados por entidades públicas como lo son la compraventa y el arrendamiento, resulta conveniente hacer una revisión de la manera como el decreto ley 222 de 1938 regulaba este asunto, para ver su utilidad, sana aplicabilidad y comprender por qué razón existió la modificación que introdujo la ley 80 de 1993 en cuanto a acoger un criterio orgánico para establecer la naturaleza jurídica el contrato estatal y señalar de manera expresa que los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del mencionado estatuto se rigen por las disposiciones civiles y comerciales, salvo las materias que regule la misma ley 80 de 1993.

Lo primero que hay que señalar es que el artículo 16 del Decreto Ley 222 de 1983 hace una enumeración de los contratos que han de considerarse administrativos y los que son de derecho privado, refiriéndose a éstos como “los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad”.

A su vez el artículo 17 establece que la calificación de contratos estatales determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contencioso administrativa, mientras que los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la justicia ordinaria. Sin embargo, el parágrafo de este mismo artículo prescribe que la justicia contencioso

administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad; adicionalmente, “en los contratos de derecho privado de la administración, en cuya formación o adjudicación haya lugar a la expedición de actos administrativos, se aplicarán a éstos las normas del procedimiento gubernativo conforme a este estatuto, y las acciones administrativas que contra dichos actos sean viables, estarán sometidas a las reglas de la justicia contencioso administrativa”³⁸.

Pese a lo anterior, el decreto ley 222 de 1983 no resultó conveniente por cuanto al igual que las reglamentaciones anteriores, reguló muchos aspectos y no es sano que la ley regule en exceso por cuanto la administración pública es dinámica y por tanto debe ser flexible para adaptarse a los cambios que requiera la misma. Por ello para que la ley no se quede corta ante esta realidad, se hace necesario y resulta conveniente tener una ley de principios que oriente la actividad contractual de manera general y que luego mediante reglamentaciones se ajuste a las realidades y necesidades de la actividad administrativa y por supuesto de la actividad contractual dentro de los postulados señalados por los principios que la rigen.

Dado que el decreto ley 222 de 1983 se orientó en definir el contrato administrativo y diferenciarlo del contrato de derecho privado y los jueces separaron la materia administrativa contractual de los asuntos del derecho privado lo que trajo como consecuencia una falta de dinamismo de la ley y de la actividad contractual, generando mayores costos y obstáculos para el cumplimiento de los fines estatales, de igual forma este decreto se constituyó en una "camisa de fuerza", opuesta a las necesidades tanto del sector público como del privado, pues se trata de una regulación reglamentaria que impide la flexibilidad que debe estar presente en el actuar contractual lo que justifica el cambio de concepción frente al contrato de los entes públicos y expedir un estatuto contractual con la finalidad de no encasillar mecánicas administrativas, no

³⁸ Decreto Ley 222 de 1983. Artículo 17. Parágrafo.

prolongar requisitos que aumenten costos, brindarle mayor autonomía al administrador para que cumpla los fines del mandato, defender los derechos del contratista retornando el contrato a su noción original y despojando a la administración de un cúmulo de privilegios y facultades omnímodas e innecesarias para hacer de la contratación estatal un acto de justicia y de responsabilidad tanto de la persona pública que contrata como del contratista.³⁹

A pesar de que como lo señala la exposición de motivos de la ley 80 de 1993, la legislación que regula los contratos estatales no ha pretendido desconocer los parámetros fundantes de los contratos ni la teoría general del contrato, no puede dejarse de lado las implicaciones que tiene que uno de los extremos de la relación contractual sea una entidad pública.

Por su parte, el objeto de la Ley 80 de 1993 fue establecer un régimen de contratación para la celebración de contratos estatales, porque se evidenció que la diferenciación que se pretendió hacer de los contratos administrativos y los contratos de derecho privado celebrados por las entidades públicas generó poca claridad, no tuvo utilidad práctica ni una sana aplicabilidad y se convirtió en motivo de permanente discusión propiciando conflictos por las consecuencias que la propia ley hace derivar en uno u otro evento. Ahora bien, de conformidad con la relación indudablemente existente, entre el contrato que celebra el Estado y el interés público, se concluye que todos los contratos que celebren los órganos del Estado se pueden agrupar en una única categoría: los contratos estatales, regulados y regidos por la autonomía de la voluntad como principio rector y por las normas que tutelan el interés colectivo, entendidos entonces como “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebran las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía e la voluntad⁴⁰”. En este mismo artículo se enumeran además como contratos estatales los contratos de

³⁹ Exposición de motivos ley 80 de 1993.

⁴⁰ Ley 80 de 1993. Artículo 32.

obra, los de consultoría, los de prestación de servicios, los de concesión, los encargos fiduciarios y de fiducia pública. Igualmente el artículo 40 de esta Ley señala que las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales, y que podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

De lo expuesto se infiere que la tesis dualista de los contratos celebrados por las entidades públicas imperante hasta el año 1993 no resultó favorecer el ejercicio de la actividad administrativa y generó la necesidad de establecer una categoría única de contrato estatal a la que se aplique un conjunto armónico de reglas y normas que permitan una contratación ágil, justa y una administración objetiva y transparente, razón por la cual el artículo 13 de la ley 80 de 1993 señala que los contratos que celebren las entidades señaladas en el mismo se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la misma Ley. Además el artículo 75 indica que el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa, abriendo entonces paso a la aplicación de un régimen mixto que regula la actividad contractual de la administración pública.

3.2. ESTUDIO DEL RÉGIMEN MIXTO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Teniendo en cuenta que el régimen legal que regula a los contratos estatales, así denominados ya por la ley 80 de 1993, es un régimen mixto, que se fundamenta en el respeto por la teoría general del contrato y la prevalencia de la autonomía de

la voluntad armonizados con los imperativos del orden público (prevalencia del interés público y las necesidades de la comunidad) conviene entonces abordar el alcance y las implicaciones que tiene la aplicación del referido régimen mixto y comprender así por qué a los contratos estatales se les debe aplicar los postulados del derecho privado y las implicaciones que ello tiene.

En primera instancia puede decirse que en virtud de los artículos 13, 32 y 40 de la ley 80 de 1993, los contratos estatales se regirán en primera instancia por las normas de derecho civil y comercial, salvo en las materias particularmente reguladas por el mismo estatuto contractual, así, en la medida en que esta reglamentación no es de tendencia reguladora ni casuística y sólo recoge normas fundamentales en materia contractual requiere acudir a las normas de derecho privado que regulan el contrato como tal y sustentan la teoría general del mismo. Lo anterior, sin olvidar que la intervención de una entidad estatal en un contrato no puede ser ajena a los principios de la satisfacción y prevalencia del interés público, ni a la naturaleza de los recursos públicos que con los contratos se comprometen. Así lo hizo entender la exposición de motivos de la ley 80 de 1993 cuando señaló: "No obstante, ser el contrato estatal "un verdadero contrato" y en cuanto tal, la situación jurídica individualizada que de él surge se asemeja a las situaciones nacidas de los contratos civiles". La finalidad de interés colectivo que el contrato estatal implica "determina una posición también especial de las partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles"

Así el régimen mixto que surge se fundamenta en que a veces la relación de un contrato con el interés público es inmediata y a veces indirecta, pero todo contrato implica la presencia del interés público, como los fines del Estado no son comerciales ni civiles, puede señalarse que cuando esa relación con el interés público es indirecta, tendrá mayor injerencia las normas de derecho privado, y cuando la relación con el interés público sea inmediata, el contrato tendrá más injerencia de las normas de derecho público, Escola sostiene que los más importantes contratos administrativos están nominados y regidos por la ley. Pero

no es sostenible en cambio que la administración pública, en el curso de esa gestión, no puede celebrar sino esos contratos, y solamente esos. Al contrario, si el interés público lo exige, si la actividad administrativa lo impone, no puede negarse a la administración la posibilidad de celebrar otros tipos o clases de contratos, y aun la de crear nuevas figuras contractuales. Por ello se abre campo a que las entidades públicas puedan celebrar contratos típicamente regulados por el derecho privado, los que se regirán por tales disposiciones, sin olvidar la finalidad por la que se celebra cada contrato y la prevalencia del interés público y las necesidades de la comunidad, así como la ejecución que con ellos se hace de recursos públicos.

En relación con los contratos objeto de estudio del presente trabajo (compraventa y arrendamiento) se dijo en la exposición de motivos del estatuto de contratación que la remisión a las normas del derecho común, hace innecesaria la definición de los contratos que como los de compraventa, suministro, transporte, arrendamiento, etc., que están claramente reglados y cuya concepción es el fruto de una larga tradición jurídica y se estableció que los aspectos que por pertenecer al ámbito público son recogidos en el proyecto, excepcionan la aplicabilidad de las normas privadas en materia de contratación estatal, lo que quiere decir que los contratos se regulan por las normas de derecho privado, y excepcionalmente se rigen por los postulados del derecho público que la misma ley señala.

Al fallar en torno al régimen de derecho aplicable a los contratos de arrendamiento a los que aplicó el Decreto Ley 222 de 1983, el Consejo de Estado señaló que el contrato de arrendamiento celebrado por las entidades públicas sujetas a su ámbito de aplicación resultaba ser un contrato de derecho privado de la administración, por oposición a los de derecho administrativo:

En el entendido de que no estaba enlistado en el artículo 16 de dicha normativa. (...) ha sostenido de antiguo esta Sala que la clasificación de administrativos correspondía a aquellos que taxativamente se relacionaron en el citado artículo 16 y por ende, los que no figuraran

en ese listado, entre ellos el de arrendamiento, eran considerados como contratos de derecho privado de la administración, en los cuales podía pactarse la cláusula de caducidad (artículos 17 y 60), excepto cuando se trataba de contratos de compraventa de bienes muebles y de empréstito.⁴¹

En relación con el régimen jurídico del contrato de arrendamiento, de una parte, el inciso 2 del artículo 16 dispone que los contratos de derecho privado de la administración en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad; por otra parte, según el artículo 80 de esa mismo Decreto Ley los contratos que él regula, incluyendo el de arrendamiento, se rigen por ese estatuto, en tanto que los demás se rigen por las normas generales o especiales vigentes para los mismos. Adicionalmente, el artículo 156 dispone que “para todos los efectos legales la celebración del contrato de arrendamiento por entidades públicas, no constituye acto de comercio.”

El Consejo de Estado señaló entonces que:

Durante la vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, el contrato de arrendamiento tenía un régimen especial, diferenciado de la materia comercial, dado que sus artículos 80 y 156 son normas especiales que exceptúan el régimen general de este contrato. Es decir, que en materia de arrendamiento de bienes inmuebles, el Código de Comercio no se aplicaba, por expresa previsión del estatuto de contratación vigente hasta el año de 1993.⁴²

Por su parte, los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 hacen la misma remisión a las leyes civiles y comerciales cuando no haya una ley especial para aplicar. Al

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, consultar sentencia de 12 de septiembre de 1996, expediente número 10494; sentencia de 15 de marzo de 2001, expediente número 13352; sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente número 16596. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de abril de 1970.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, consultar sentencia de 12 de septiembre de 1996, expediente número 10494.

respecto Patricia Mier sostiene que el régimen del contrato estatal es un régimen mixto:

En el que participan concomitantemente y por mandato expreso de la ley en cuanto hace a la materia contractual propiamente dicha, los principios generales de la contratación, comunes al derecho público y privado; y adicionalmente, siempre estarán presentes como postulados de obligatoria observancia por las partes del contrato, en atención a su objeto, los principios del derecho público rectores de la actividad administrativa toda en la consecución de los fines que la Constitución Política le determina, y que constituyen el único objeto posible de los contratos, que con tal propósito, se celebren. Esta concepción del contrato estatal prevalece hoy, y halla regulación expresa en la ley de contratación pública, en la que se recogen los principios generales del derecho que desde siempre han gobernado los negocios jurídicos en general- incluidos los contratos del Estado- y los propios del derecho público dispuestos en la misma ley con referente y especial aplicación en tanto regentes de la actividad pública.⁴³

El contrato en sí mismo está constituido tanto por cláusulas convenidas como por cláusulas reglamentarias, que son por esencia mutables y que en el evento de ser modificadas darán lugar al restablecimiento del equilibrio contractual, quebrado por el hecho del príncipe. La jurisprudencia y la doctrina consideran que algunas de las cláusulas que suscribe el contratista derivan su fuerza, no de su asentimiento sino del poder de la administración para organizar el servicio.⁴⁴

Sobre este asunto, los defensores de la negación del contrato civil de la administración prefieren referirse a ellos como contratos “del gobierno”, con lo que

⁴³ MIER BARROS, PATRICIA. "El régimen jurídico del contrato estatal", en Revista de Derecho Público No. 14- Aspectos Controversiales de la contratación estatal. Bogotá, mayo de 2004.pp. 62 - 63.

⁴⁴ Vedel Georges, Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Aguilar. 1980. Pp. 710-711.

dan por sentado que dentro las normas y la jurisprudencia existe una única categoría genérica de contratos de la administración. Si bien existen abundantes referencias a la contratación privada en el sector público estatal, básicamente no hay un contrato puramente privado de la administración, pero sí distintos tipos de regímenes jurídicos de contratos del Estado, con mayores o menores elementos de derecho público⁴⁵. En un sentido similar, el autor sostiene que toda la actividad contractual de la Administración es de carácter administrativo, por lo que considera que no hay tales contratos privados de la Administración, en el que todos los contratos de la Administración tienen un régimen mixto de derecho público y de derecho privado. Al respecto, también Brewer plantea que “no se presenta este régimen como uniforme en los llamados contratos administrativos, pues varía según los cuerpos normativos que regulan cada figura contractual”⁴⁶.

Quienes sostienen la existencia de una diferenciación entre contratos civiles y administrativos plantean que se distingue dentro del total de los contratos celebrados por la administración, los contratos regidos por el derecho privado y los contratos administrativos. Señalan además que esa distinción concuerda con otras como acto civil y acto administrativo o dominio privado y público. De acuerdo con esta posición, el contrato civil es la forma normal de contrato, mientras que el contrato administrativo es algo excepcional, de manera que una vez identificado el segundo como tal, queda sometido a las reglas especiales del derecho administrativo antes que a las del derecho común. Y en los casos no previstos de manera expresa, se deberá recurrir a la analogía o al resto del derecho administrativo antes que al derecho civil o comercial.

Al analizar esta situación el Consejo de Estado ha señalado que mediante la Ley 80 de 1993, el legislador pretendió que la actividad contractual del Estado quedara bajo la égida del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y de derecho privado. Las controversias surgidas en relación con estos contratos se deben ventilar siempre

⁴⁵ GORDILLO, Agustín. Introducción al derecho administrativo. Perrot. Buenos Aires. 1962.

⁴⁶ BREWER, Alian. Contratos administrativos, Caracas, EJV, 1992. p.15

ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, incluidos sus procesos de ejecución⁴⁷. El Consejo de Estado cita la Sentencia de la Corte Constitucional según la cual:

Así las cosas, es entonces la jurisdicción contencioso administrativa la encargada de resolver las controversias de todo orden que surjan de la relación contractual en la que sea parte una entidad del Estado, como también de los “procesos de ejecución”... Analizadas las competencias que específicamente la carta radica en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa, no encuentra que se refiere el conocimiento de los procesos ejecutivos en contratos estatales; por consiguiente, bien podía el legislador sin contrariar la constitución, asignarla a la jurisdicción citada que es la encargada de dirimir los litigios en que es parte la administración.⁴⁸

El Consejo de Estado advierte que la Ley 80 consagra excepciones a este respecto, ya que se dan ciertos asuntos contractuales en los que, pese a ser parte el Estado, escapan de la órbita de la jurisdicción administrativa y entran en el campo de la ordinaria. En efecto, el parágrafo 1° del art. 32 de esa ley dispone que “los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros, y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”⁴⁹.

El Consejo de Estado continúa diciendo que de esta manera los contratos que celebren las citadas personas no sólo no serán estatales en los términos del estatuto general de contratación pública, sino que sus conflictos no deberán dirimirse por la jurisdicción administrativa cuando actúen bajo la forma de

⁴⁷ Consejo de Estado. Sala plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente No. S - 701 – Contractual. Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo. Septiembre 23 de 1997.

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-388/96. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁹ Ley 80 de 1993. Artículo 32. Parágrafo 1.

establecimiento de crédito, compañía de seguros o de entidad financiera y siempre que el objeto del contrato corresponda al giro ordinario de su actividad propia. Tales contratos estarán regulados por las normas aplicables a la actividad financiera de crédito o seguros, como, por ejemplo, el estatuto orgánico del sistema financiero, el código de comercio, el código civil, etc. El juez será el ordinario civil, que es el natural de la clase de conflictos originados en contratos propios de esas actividades.

De manera general, la Corte Constitucional señaló en su momento que:

Le corresponde al operador jurídico realizar una labor de interpretación sistemática en orden a la aplicación de las reglas pertinentes, que bien pueden corresponder simultáneamente a las de la Ley 80 de 1993 y a las de los códigos de comercio y civil; sin que por otra parte ello pueda llegar a propiciar algún tipo de intangibilidad o dispensa frente a los controles estatales que la Constitución y la ley estipulan en torno al gasto público. Consecuentemente, cada hipótesis contractual del Estado es susceptible de gobernarse por principios y reglas tanto de orden público como de orden privado, donde la intensidad de la preeminencia del primero sobre el segundo dependerá del grado de regulación normativa que el Estatuto Contractual Estatal establezca para el respectivo caso. Y al decir Estatuto Contractual Estatal debe entenderse la Ley 80 de 1993 junto con todas las demás disposiciones que válidamente la complementan, modifican y derogan.⁵⁰

Sobre la problemática del derecho público y privado en la ley de contratación del Estado expuso el Consejo:

Como ya lo ha expresado la Corporación, mediante la Ley 80 de 1993 la actividad contractual del Estado quedó bajo la denominación

⁵⁰ Corte Constitucional colombiana, sentencia C-249/04, p.20

del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y de derecho privado. En efecto, el precitado artículo 32 prescribe que los actos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere dicho estatuto se encuentran 'previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad', así como los que, a título enunciativo, allí se establecen. Lo anterior significa que el estatuto contractual reconoce e incorpora regímenes provenientes de otras áreas diferentes del derecho público, como son el derecho civil y comercial o de naturaleza especial, e igualmente lo pactado en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, siempre y cuando no vayan contra la ley o derecho ajeno. Sin menoscabo del interés público y de los fines estatales que todo acto contractual está llamado a cumplir, razón por la cual la entidad contratante está investida de una posición especial y privilegiada en la relación contractual; el contrato estatal es en esencia una institución que se inscribe dentro de los negocios jurídicos bilaterales: éstos se constituyen en fuentes generadoras de derechos y obligaciones, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes para obligarse recíprocamente. Por esta razón le son aplicables principios y regulaciones provenientes del derecho privado, siempre y cuando no entren en contradicción con el régimen público. Así, por ejemplo, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece de manera expresa en cuáles contratos se deberán pactar las cláusulas exorbitantes al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, en cuáles contratos se prescindirá de dicha utilización, como sucede con los que se celebren con personas públicas internacionales, en los de empréstito, donación, arrendamiento, etc. Por otra parte, existen contratos estatales que

por disposición legal son regulados por el derecho privado sin perder tal condición, por ejemplo el contrato de fiducia pública, al cual, por virtud del numeral 5 artículo 32, del estatuto contractual, 'le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil', en cuanto sean compatibles con dicho estatuto ⁵¹

Así mismo debe tenerse en cuenta que el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) establece que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo debe conocer de los procesos relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable, así como de los relativos a los contratos en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.

Quiere lo anterior decir que los contratos estatales se rigen por las mismas reglas de interpretación previstas en el Código Civil, dado que no existe norma expresa que consagre dicho tema en una norma especial. En este sentido el Consejo de Estado, actuando como juez máximo de lo contencioso administrativo, ha dado aplicación a los postulados propios del derecho privado respecto de la interpretación de las cláusulas de los contratos, en cuanto, cuando no es posible interpretar el contrato conforme al estudio de oportunidad, conveniencia y justificación del contrato, los pliegos de condiciones y términos de referencia y la propuesta, acude a la finalidad del contrato y a la intención de las partes que concurrieron a la fase precontractual y de ejecución del contrato⁵². Así lo plantea José Luis Benavides, refiriéndose al Consejo de Estado, al afirmar que “es necesario en primer lugar, identificar la intención de las partes para esclarecer los términos del contrato Art.1618 CC y, si ello no es suficiente, aplicar los otros criterios de interpretación general de los contratos, según el régimen del derecho

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 20 de agosto de 1 998, Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández. Expediente 1402 de 1 998.

⁵² MELÉNDEZ, Inocencio. Óp. Cit. p. 27.

privado ordenado por los arts. 13 y 23 de la Ley 80 de 1993 sobre las reglas de interpretación de los contratos”⁵³.

El régimen mixto de los contratos estatales surge porque el artículo 13 de la ley 80 de 1993 establece que dichos contratos se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, el Profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa manifiesta que la doctrina nacional ha sostenido que esa disposición establece una regla general donde el derecho privado predomina sobre el administrativo en los contratos del Estado, pero que esta idea se rompe cuando se estudia en contexto el fenómeno de la contratación estatal, pues el derecho nacional de los contratos estatales comparte una naturaleza privada y pública pero con un predominio de normas y principios de derecho administrativo y así debe entenderse e interpretarse el citado artículo. En suma, la razón por la que a los contratos estatales se les aplican las reglas de derecho privado obedece al reconocimiento que se hace de la autonomía de la voluntad en dichos contratos y de unos principios universales de contratación con lo que se pretende hacer más flexible la contratación que dinamice la actividad contractual. Y ese reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de los principios universales de la contratación debe enmarcarse dentro de los imperativos de orden público encausándose a satisfacer las necesidades de la colectividad y al respeto por el interés general.

No se puede concluir simplemente que el régimen de los contratos estatales fue privatizado, porque lo que se debe entender es que ese régimen de derecho privado se combina con las finalidades del interés general.

Por ello, tal como lo señala el Consejo de Estado, ese régimen mixto de contratación representa una dosificación entre el derecho público y el privado mediada por el interés general presente en la relación contractual celebrada con el Estado, lo que significa que el estatuto contractual reconoce e incorpora regímenes provenientes de otras áreas diferentes del derecho público, como son

⁵³ Benavides, José Luis, El contrato Estatal, Universidad Externado de Colombia, 2002, p.306, CECM sala de consulta y servicio civil, Concepto del 5 de mayo de 1999, Ministerio de Hacienda y crédito público, Consejo de Estado, rad.1190-99 28

el derecho civil y el comercial o de naturaleza especial, e igualmente lo pactado en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, siempre y cuando no vayan contra la ley o derecho ajeno.⁵⁴

Señala el tratadista Alexander Jojoa Bolaños⁵⁵ que el régimen jurídico concebido por el estatuto contractual de 1993 aceptaba la existencia de un mínimo de derecho público común a todos los contratos de la administración pública, que se justificaba por la presencia del interés general en las relaciones jurídicas bilaterales donde se encontrara el Estado y siempre bajo un régimen mixto, entonces la ley 80 de 1993 pretendió señalar el mínimo de derecho público que debe ser común a los contratos de la administración pública y esa mayor o menor presencia del derecho público depende de la relación con el interés general.

Así entonces la afirmación del derecho privado se justifica en la medida en que flexibiliza la contratación. Desde el punto de vista de la normatividad aplicable, la relación contractual se rige en algunos casos por normas que forman parte del derecho privado y en otros, que serían la mayoría por un sistema mixto⁵⁶ y dependerá del grado de regulación normativa que el estatuto contractual establezca para el respectivo caso. Puede entonces señalarse que en la medida en que el estatuto regule más la ejecución del contrato, se emplean más normas de derecho administrativo y público, así, en los contratos de obra, de concesión, de prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes, en los que se entienden incorporadas las cláusulas excepcionales se aplican más estas normas, que en los contratos en los que no se pactan las referidas cláusulas.

Entonces, para el caso de los contratos objeto del presente estudio, (compraventa y arrendamiento) estos no contienen cláusulas excepcionales, el de arrendamiento por expresa prohibición legal⁵⁷ y el de compraventa por cuanto no existe

⁵⁴ Consejo de Estado. Auto 20 de Agosto de 1998, expediente número 1402.

⁵⁵ JOJOA, Alexander. Los Regímenes exceptuados en los contratos estatales. Ibañez, 2014.

⁵⁶ YONG. Samuel. El Contrato Estatal en el contexto de la Nueva Legislación. Ibañez. 2015. Cuarta Edición.

⁵⁷ Art. 14 Ley 80 de 1993

habilitación legal para ello ⁵⁸ razón por la que se aplican más las normas de derecho privado dentro del marco de la prevalencia del interés general, contrario a lo que ocurre en los contratos en los que se pactan cláusulas excepcionales que se caracterizan por la inaplicabilidad de algunos principios contractuales del derecho civil porque al aplicarse estas cláusulas quebrantan el principio de igualdad y conmutatividad propios del acuerdo de voluntades.

Se reitera entonces en este aspecto la dualidad entre el régimen privado y el régimen público en este tipo de contratos, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en la interpretación al Estatuto de Contratación que considera que este régimen no se nutre únicamente de la normatividad contemplada en el ordenamiento privado, sino también por los principios consustanciales a los contratos sinalagmáticos y por los principios que integran el régimen jurídico de los contratos estatales tales como el de la autonomía de la voluntad, el de reciprocidad de las prestaciones y el de la buena fe en armonía con el de la prevalencia del interés público. ⁵⁹

El proyecto de reforma de la ley 80 continúa con ese régimen mixto pero recordando que en la medida en que con el sistema de compra pública se materializan políticas públicas y las entidades cumplen su misión, deben estarse a los principios que regulan esta actuación por ello en la compra pública se debe considerar tanto la autonomía de la voluntad como el interés público.

Ante esta situación resulta pertinente analizar la autonomía de la voluntad en el derecho público y en el derecho privado, tal como se presenta en el siguiente

⁵⁸ Recientemente el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo señaló que: Existe un grupo de contratos que no se dijo nada, se trata de cualquier otro negocio (compraventa, permuta) surgió la duda de si era posible pactar en ellos las cláusulas exorbitantes con base en el principio de la autonomía de la voluntad que también rige en materia contractual por los artículos 13, 32 y 40 de la ley 80 de 1993, recordó la Corporación que en sentencia de 30 de Noviembre de 2006, expediente 30.832 se consideró que los poderes excepcionales sólo se pueden pactar y ejercer en los contratos autorizados por la ley, si la ley no autoriza no se pueden pactar porque necesitan cobertura legal. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Febrero 13 e 2015, Expediente Número 26938. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz)

⁵⁹ YONG. Samuel. El Contrato Estatal en el contexto de la Nueva Legislación. Ibañez. 2015. Cuarta Edición. Pág 42.

capítulo, con el fin de comprender la voluntad del Estado, cómo se compromete y la incidencia que en ella tiene el principio del interés general.

4. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

4.1. ANÁLISIS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA Y ARRENDAMIENTO CELEBRADOS POR ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO

El concepto de la autonomía de la voluntad encuentra sus raíces en la filosofía individualista desarrollada desde el siglo XVII con influencia del cristianismo, según la cual se consideraba al hombre libre por esencia, a quién sólo se podía obligar si era de su voluntad, por lo que la fuente única y autónoma de la ley era esa misma voluntad. De esa manera, la palabra autonomía se refiere a la capacidad de un grupo para darse normas, es decir, poseer potestades normativas. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico ese reconocimiento ha variado a lo largo de la historia, pues se encuentra directamente relacionado con los regímenes políticos imperantes en cada lugar; la esencia de esa autonomía es que los individuos puedan dictar normas que el Estado asumirá como propias al conceder un vigor semejante al de la ley⁶⁰. Amazo⁶¹ señala que la autonomía de la voluntad permite que toda persona legalmente capaz pueda obligarse mediante la celebración de contratos en los cuales se pacten cláusulas que no vayan en contra de las limitaciones definidas por la ley.

Desde la perspectiva filosófica, el término autonomía de la libertad fue profundamente estudiado por Kant, quien señaló que se trata de una manifestación de la facultad humana de desear, que está determinada por leyes morales o por imperativos categóricos, por lo que el filósofo la señaló como la “libertad práctica”; a través de ella el hombre logra emanciparse de las pasiones y

⁶⁰ BALLESTEROS, José Antonio. Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 20.

⁶¹ AMAZO, Diana C. ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? Revista Estudios Socio-Jurídicos. Universidad del Rosario. Vol. 9 Núm. 2. 2007. pp. 181-203.

dirigir sus actos libre de los instintos, por medio del deber que impone la razón con sus leyes⁶². Es decir que desde la perspectiva filosófica, haciendo uso de la autonomía de la voluntad el hombre decide de manera libre y racional someterse a determinadas normas para su convivencia en sociedad.

El principio de la autonomía de la voluntad ha discurrido entre dos corrientes diferenciadas; la primera se fundamenta en la libertad de los hombres, especialmente importante como consecuencia de la influencia de los pensamientos derivados de la Revolución francesa. La segunda corriente cuenta con fundamentos de mitad del siglo XX, como la intervención del Estado en las relaciones de los particulares, en las que aún existen evidencias de la aplicación de la autonomía de la voluntad, aunque con un poco más de límites.⁶³

En el caso de los negocios entre particulares, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, señaló que:

Uno de los principios fundamentales que inspiran el Código Civil es el de la autonomía de la voluntad, conforme al cual, con las limitaciones impuestas por el orden público y por el derecho ajeno, los particulares pueden realizar actos jurídicos, con sujeción a las normas que los regulan en cuanto a su validez y eficacia, principio este que en materia contractual alcanza expresión legislativa en el artículo 1602 del Código Civil que asigna a los contratos legalmente celebrados el carácter de ley para las partes, al punto que no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.⁶⁴

Así, los particulares gozan de plena libertad en la celebración de los actos contractuales, mediante los que regulan sus intereses privados, dado que pueden

⁶² CONTRERAS, Yadira. La posibilidad de un progreso ilustrado de la humanidad a la luz del pensamiento Kantiano. Universidad Industrial de Santander. 2007. 60 p.

⁶³ AMAZO, Diana C. Óp. Cit.

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia. sentencia de casación del 17 de mayo de 1995, Magistrado Ponente Pedro Lafont Pianetta.

darse a sí mismos normas. En tal sentido, la Corte Constitucional reconoce la importancia de este principio al indicar que la autonomía permite a los particulares:

i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel.⁶⁵

Es decir que los particulares tienen la autonomía de contratar o no, y en caso de que decidan hacerlo, tienen plena libertad acerca de con quién hacerlo y de cómo hacerlo. En ejercicio de esa libertad, las partes pueden definir los términos y el contenido del contrato, pues de esa forma la voluntad es soberana. Lo contrario implicaría la obligatoriedad de aceptar las condiciones definidas por otros, lo cual resultaría inimaginable.⁶⁶

En el caso de la contratación estatal en Colombia, la Ley 80 en su artículo 32 señala que “son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación”⁶⁷. Se observa que la autonomía de la voluntad es determinante para la existencia de los contratos estatales. Inclusive desde que la Ley hizo su trámite en la exposición de motivos de la misma se señaló que “El

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-341, 3 de mayo de 2006. Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería. Expediente D-6020.

⁶⁶ STIGLITZ, Rubén, Autonomía de la Voluntad y Revisión del Contrato. Editorial Depalma Buenos Aires, 1.993, pág. 16.

⁶⁷ Ley 80. Artículo 32.

proyecto de ley busca recuperar la trascendencia de la autonomía de la voluntad como principal fuente creativa y regulador de las relaciones sociales. Por eso, las relaciones entre el organismo estatal y el contratista deberán fundarse en el acuerdo de sus voluntades, del que emanarán las principales obligaciones y efectos del acto jurídico”⁶⁸.

En desarrollo del mismo principio, el Decreto 1829 de 1993, por el cual se reglamentan algunas disposiciones de las leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012 establece: “Autonomía de la voluntad de las partes. Todos los acuerdos construidos en el trámite de conciliación extrajudicial en derecho dependen directamente de las partes involucradas en el conflicto. Los interesados gozan de la facultad de definir el Centro de Conciliación en donde se llevará a cabo la conciliación, elegir el conciliador, y aceptar o no las propuestas de arreglo en la conciliación”⁶⁹. Es claro entonces que el principio de autonomía de las partes en conflicto les otorga libertad para alcanzar acuerdos respecto a temas como, en este caso, los mecanismos a través de los cuales se buscará la conciliación de los asuntos que han generado dicho conflicto.

Al examinar la inclusión de este principio dentro de la Ley 80, la Corte Constitucional conceptuó en 1995 que:

El Estatuto elimina la distinción entre contratos privados y contratos administrativos y la dualidad de jurisdicciones para conocer de las controversias contractuales e introduce la figura del contrato estatal, la cual le da una fisonomía clara y precisa al contrato de la administración, a su régimen jurídico y rescata para el Estado el principio de la autonomía de la voluntad, dentro de ciertos límites,

⁶⁸ Exposición de motivos Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso, No. 75 del 23 de septiembre de 1992. En Betancur Cuartas, Jaime. Estatuto General de la Contratación Pública. Biblioteca Jurídica Dike. Décima edición.

⁶⁹ Decreto 1829 de 1993, por el cual se reglamentan algunas disposiciones de las leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012. Artículo 11. Literal E.

pilar básico de la libertad contractual propia de las relaciones entre particulares.⁷⁰

Se aprecia en este concepto que para la Corte la autonomía de la voluntad se constituye en un fundamento que permite la celebración de contratos entre las entidades del Estado y los particulares. La importancia de este principio ha sido señalada por autores como Suescún Melo, quien resalta que el mismo constituye uno de los pilares fundamentales del derecho privado, y particularmente en el diseño de relaciones jurídicas. Suescún señala que “dicha autonomía, independientemente del hecho de que, para algunos autores constituye libertad contractual; y para otros, autonomía contractual, en esencia otorga la potestad a las partes para la toma de decisiones que están relacionadas con: la elección de contratación, de escogencia de la persona del contratante, el tipo de contrato y el régimen aplicable, encontrando su limitación en las normas imperativas, el orden público, la moral, las buenas costumbres y el principio de solidaridad.”⁷¹

Sessarego va más allá, al considerar que este principio es el núcleo mismo generador de las relaciones jurídicas, dado que “sin libertad y sin voluntad son ellas inimaginables, inconcebibles. De ahí la importancia del tema y el interés que demuestran los grandes maestros del derecho contemporáneo por deslindar, lo más pulcramente posible, el concepto y los alcances de este principio del derecho que denominamos, en un nuestro caso autonomía de la voluntad. Se trata, en suma, de un problema central del derecho.”⁷²

La Corte Suprema de Justicia también se ha pronunciado respecto de la preponderancia de este principio, resaltando su importancia en el manejo de los casos de lesión enorme. La Corte ha manifestado al respecto que:

⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 230 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, D.C., 1995.

⁷¹ SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo II. Editorial Legis S.A., Bogotá, D.C., 2003. Pág. 27 y ss.

⁷² SESSAREGO, Carlos. El Supuesto de la Denominada Autonomía de la Voluntad. En Contratación Contemporánea. Volumen I: Teoría General y Principios. Editorial Temis Bogotá - Colombia y Palestra Editores. Lima, 2001, Pág. 215.

Desde el punto de vista de la persona del comprador o de la del vendedor, no existe ninguna limitación para que quien haya sufrido la lesión enorme pueda alegarla (...). En Colombia el lesionado accionante puede ser quien compra o quien vende, persona natural o jurídica, menor o mayor. Desde este ángulo no existe, pues, excepción, todo el que haya padecido una lesión enorme puede demandar la rescisión del contrato de compraventa de inmueble, pues la ley ha querido que una injusticia, como la que entraña recibir un precio que es inferior a la mitad del justo o pagar uno que es mayor del doble de este, debe ser corregida así sea indispensable atentar contra los principios de la libertad contractual, de la autonomía de la voluntad y la seguridad de las transacciones.⁷³

Se trata de un asunto sobre el que ha existido concordancia en todas las Altas Cortes, las que le reconocen su aplicabilidad tanto en la contratación entre particulares, como entre éstos y el Estado. En tal sentido la Corte Constitucional señaló que:

Si algún significado ha de dársele al principio de la autonomía de la voluntad, que estructura todo el régimen de contratación nacional (pública y privada), éste tiene que ver con la posibilidad de que sean los propios sujetos de la relación jurídica, quienes decidan el destino de su vínculo y obviamente los procedimientos y autoridades que habrán de resolver los eventuales desacuerdos; de esta forma se garantiza, no sólo el recto y libre ejercicio de la voluntad individual, sino el adecuado acceso a la administración de justicia.⁷⁴

Este análisis del principio de autonomía de la voluntad muestra entonces su importancia como fundamento a partir del cual es posible que dos partes generen

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 20 de noviembre de 1980, reiterada en providencias proferidas por la misma Sala el 16 de junio de 1981 y el 9 de diciembre de 1999, expediente 5368.

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-060 de 2001. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

un contrato, a través del cual reflejen libremente los acuerdos alcanzados a partir de sus expectativas y necesidades individuales. Sin embargo la ley se constituye en una limitante para que esos acuerdos que las partes alcanzan tengan validez ante la sociedad, dado que las partes solo pueden convenir legalmente sólo hasta el punto en que tales decisiones empiecen a generar efectos en los derechos de terceros.

Se trata de un principio que tiene su origen en el ejercicio mismo de la libertad individual, lo que supone que las personas que deciden celebrar un contrato lo hacen libres de presión, como consecuencia de un proceso de decisión propio. Es en virtud del ejercicio de este principio que los contratos son considerados como ley para las partes, quienes no sólo pueden contratar o dejar de hacerlo, sino además decidir las condiciones bajo las cuales se regirá lo que decidan contratar.

El principio de la autonomía de la voluntad es reconocido también en el marco de la contratación pública, es decir, aquella en la cual una de las partes es un ente estatal. La importancia de este principio en el marco de la contratación pública es reconocida por las diferentes cortes en Colombia, que lo señalan como pilar de la celebración de contratos, tal como se define en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. El Consejo de Estado ha señalado al respecto que “no puede darse el caso de que esa autorización o creación ocurra mediante una determinación adoptada conforme a las normas del derecho privado, ni siquiera en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que se aplica a los contratos que celebren algunas entidades conforme a la ley 80 de 1993”⁷⁵. También ha sido claro al advertir que “no puede argumentarse que cuando una entidad pública se “rige por el derecho privado” en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, puede crear o constituir libremente filiales, fundaciones etc. Siempre la definición sobre la estructura de la administración será una decisión política, que es de competencia

⁷⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Memoria 2011. Tomo I. p. 50

del Congreso, las asambleas o concejos, y por lo mismo siempre estará sometido al derecho público”⁷⁶

A pesar del anterior análisis, en la contratación estatal obedece a un pliego de condiciones. Alguien podría entonces plantear que no se trata realmente de una autonomía plena porque el oferente se debe ajustar a unos requerimientos y condiciones que en ocasiones son señalados sólo por la entidad, si bien se pueden hacer observaciones a los pliegos. Frente a este cuestionamiento lo que cabría responder es que el particular que decide participar en esos procesos de contratación ejerce su voluntad en el momento mismo en que decide hacer parte del proceso, pues lo hace de manera autónoma; tanto es así, que existen otros particulares que simplemente no participan. Así, el particular que decide hacer parte de esos procesos de contratación con el Estado, debe sopesar si el beneficio que recibe por el suministro o venta que realiza, es para él suficiente contraprestación como para aceptar los términos establecidos en el pliego de condiciones. Cosa diferente sucede en el caso de los actos de poder, en donde el particular no tiene la opción de escoger si se acoge o no a las normas fijadas por la autoridad. Se trataría en este caso de contratos de adhesión, en el cual las “cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra se limita a aceptarlas en bloque, adhiriendo a ellas”⁷⁷. Debe advertirse que esta situación en la cual los contratos administrativos son considerados contratos de adhesión se presenta en algunos países, como es el caso de España, de acuerdo con la Sentencia de 15 de junio de 1972, según la cual, “en la más moderna concepción del contrato administrativo el contratista ha dejado de ser un titular de intereses antagónicos a los de la Administración, para convertirse en un colaborador voluntario de la misma, aunque desinteresado; en esta colaboración se entra, por cierto, contando de antemano con la voluntad predominante de los entes públicos,

⁷⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Memoria 2011. Tomo I. p. 57.

⁷⁷ Ponce de León, Sandra. El contrato de concesión de obra pública en la legislación chilena. Análisis constitucional de algunos de sus elementos. Revista de Derecho Público. Vol. 79. 2013. p. 125.

en cuanto, en cierta forma, el contrato administrativo puede considerarse un contrato de adhesión o un contrato tipo”.⁷⁸

Una inquietud que surge con frecuencia respecto de los contratos de arrendamiento se refiere a la posibilidad de adicionarlos o no en más del 50%. Frente a esta inquietud debe advertirse que el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de manera expresa advierte que “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”⁷⁹.

Un interrogante similar se puede plantear respecto de los estudios previos al contrato que son realizados por la entidad contratante y que hacen parte del contrato; el interrogante se refiere a que en esos estudios no interviene el contratista, por lo que su inclusión dentro del contrato podría considerarse como una limitación a la plena autonomía. De manera similar al interrogante anterior, puede responderse que el contratista tiene frente a esta inquietud la posibilidad de conocer dichos estudios antes de suscribir el contrato e inclusive de presentar su oferta, dado que se trata de documentos de carácter público; una vez conocidos, tiene la opción de mantenerse o no en el proceso de contratación. Ahora bien, si esos estudios no hicieran parte del contrato, la entidad estatal estaría en plena libertad de establecer dentro del mismo condiciones que no contarían con ningún sustento previo, lo que podría resultar igualmente riesgoso para el contratista. Es decir, los estudios previos tienen carácter contractual para las dos partes, por lo que no constituyen por sí mismos una limitación de la autonomía de la voluntad sino más bien una especie de consentimiento informado, es decir, una información base que ayuda a que las partes actúen de una forma más responsable frente a su decisión de suscribir el contrato. El riesgo que puede derivarse de esos estudios no se deriva de su sola presencia sino de su desconocimiento, por lo que

⁷⁸ Rodríguez, Jaime. Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas. Revista Afduc. Vol 12. 2008. p. 795.

⁷⁹ Ley 80. Artículo 40. Parágrafo. Párrafo 2.

se hace necesario que los proponentes los analicen para evaluar su conveniencia de mantenerse o no en el proceso.

Se puede apreciar que en Colombia la legislación relacionada con la contratación administrativa le reconoce mayor importancia a la autonomía de la voluntad del contratista de la que se reconoce en otros países, en donde inclusive llega a considerarse que estos contratos son de adhesión. Al mismo tiempo se observa que la legislación vigente restringe algunas opciones que el Estado puede requerir para que, por ejemplo, los contratos de arrendamiento operen de manera similar a lo que sucede entre particulares, puntualmente con respecto a la prórroga.

El propósito de la ley 80 de 1993, tal como se señala en la exposición de motivos de la referida ley es convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Por ende su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el estado.⁸⁰

De igual forma el texto del proyecto señaló de manera categórica que no se trataba de un ordenamiento de tendencia reguladora y casuística lo cual entraba a actividad estatal sino que se recogen las normas fundamentales en materia contractual cuyo adecuado acatamiento se erija en la única limitante de la autonomía de la voluntad, principio que debe guiar la contratación estatal. Así, desde el origen mismo del estatuto de contratación se reconoce la presencia de la autonomía de la voluntad en los contratos estatales, pero dicha autonomía encuentra sus límites en las normas fundamentales que tiene la ley las que se ven reflejadas en la existencia de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, razón por la cual, dicha autonomía de la voluntad encuentra sus límites en estos principios que son los que imponen el respeto de las reglas básicas de derecho administrativo aplicables a las entidades del estado pero se requiere admitir una flexibilidad que permita administraciones

⁸⁰ Gaceta del Congreso, Senado y Cámara Año I, No 75, septiembre 23 de 1992, p.11.

dinámicas y eficaces en las que la actividad contractual se adapte a las necesidades cambiantes y sea una herramienta de la gestión pública y no que se convierta en un lastre para su desarrollo.

Consagra el proyecto de ley en relación con la autonomía de la voluntad:

“Precisamente el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como delegación que la ley confiere a las partes de regular relaciones contractuales delimitada por el respeto de los imperativos de orden público, exige que esas normas encauzadas a reglamentar el interés público o las necesidades colectivas en materia contractual, se instituyan en rectoras para todo el aparato estatal, evitando así la eventual consagración de normatividades y ordenamientos que pueden motivarse en variadas tendencias y principios con lo cual la realización de los fines estatales puede verse afectada.”

Así entonces, la autonomía de la voluntad se hace presente en los contratos estatales encontrando su límite en los principios que rigen la contratación estatal los que buscan garantizar la gestión de todo ente estatal en función del interés general.

En sentencia C-949 de 2001, la Corte Constitucional señala que el legislador dictó la ley 80 de 1993, que está apuntalada filosóficamente sobre dos premisas fundamentales: la autonomía de la voluntad y la incorporación de principios del derecho privado, con los cuales se pretende combatir la ineficiencia administrativa que en este campo de la actividad estatal había originado para esa época el exceso de trámites y la abundancia de procedimientos.

El Consejo de Estado ha afirmado que no porque a un contrato se le apliquen normas de derecho privado este sea de derecho privado e igual a los que celebran los particulares, pues el hecho de estar presente una entidad estatal implica la aplicación de una reglas propias del derecho público tales como las relativas a la competencia, las que determinan la formación de la voluntad y las que regulan la forma y que las propias del derecho privado regularán aspectos tales como efectos de las obligaciones, consentimiento y objeto.

Se puede señalar que el contrato estatal es un verdadero acuerdo de voluntades porque las partes autoregulan una determinada situación, si bien este contrato tiene unas características especiales dadas las finalidades y los cometidos por los que se celebran, como acuerdo de voluntades obliga a las dos partes.

En relación con la presencia del principio de autonomía de la voluntad podemos decir que éste está planteado de manera amplia en el estatuto pero su materialización es restringida pues no se debe olvidar que el contrato se celebra en consideración de los altos fines de interés público y es instrumento para la satisfacción de necesidades de la comunidad.

Ya se ha establecido que con la expedición de la ley 80 de 1993 se pretendió recuperar la figura del acuerdo de voluntades como elemento central del contrato pero se debe tener claro que el proceso de formación de la voluntad del Estado es diferente pues las normas constitucionales y legales así lo señalan, es decir que el principio de legalidad se constituye como un parámetro de regulación de esa formación de la voluntad. Así, se tiene entonces que el proceso de formación de la voluntad del Estado se regula principalmente por las normas de derecho público por cuanto la voluntad del Estado se compromete con base en el principio de legalidad y se comprende con base en el principio de la prevalencia del interés general.

Del análisis del principio de la autonomía de la voluntad y su presencia en los contratos estatales puede decirse que la ley 80 de 1993 lo consagra de manera general como aplicable en los contratos estatales, sin embargo, es viable considerar que en la esfera precontractual prevalecen las normas de derecho público, las que se ven reflejadas en los actos administrativos que se expiden como los estudios previos, el análisis económico del sector, el acto administrativo que justifica la contratación directa (en el caso del contrato de arrendamiento o cuando la entidad pública adquiere un bien inmueble para un determinado proyecto), así, en esta etapa prevalecen las normas de derecho público por lo que en la etapa precontractual no tiene presencia el referido principio.

En la etapa contractual, pese a que prevalecen las normas de derecho privado, y se refleja un poco más el principio de autonomía de la voluntad estas tienen su límite en normas imperativas que nacen del interés público, es decir que así como en el derecho privado la autonomía de la voluntad cede a normas imperativas, en el derecho público cede al interés general.

Al decir del tratadista Luis Guillermo Dávila Vinueza,⁸¹ Dentro de ese contexto el reconocimiento que el estatuto hace de la autonomía de la voluntad se concreta entre otras manifestaciones:

1. En el plano de igualdad que inspiran los contenidos negociales por la obligatoriedad del pacto que se impone para las dos partes. Particularmente enfática para la estatal quien durante mucho tiempo se creyó poseedora de la prerrogativa de incumplimiento de sus obligaciones .
2. Libertad de selección del tipo contractual y dentro de este las estipulaciones que le corresponden. Si bien, por regla general, los contratos estatales son por adhesión en cuanto no existirá real libertad en la discusión de sus estipulaciones
3. Libertad de selección del tipo contractual y de las estipulaciones que le corresponden. Por regla general, los contratos estatales son por adhesión en cuanto no existirá real libertad en la discusión de sus estipulaciones, la autonomía se predica en una doble acepción. Una primera, en relación con la libertad de escoger el tipo de contrato a celebrar y dentro de ellos las estipulaciones que mejor se enmarquen con los principios y fines y la segunda, en relación con la posibilidad de negociación que se da al particular de los aspectos no esenciales del contrato y de los aspectos que no afecten las reglas de selección.

⁸¹ DAVILA. Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Legis 2016.

Así por ejemplo se puede acordar los mecanismos de arreglo directo de las diferencias, el conocimiento de los conflictos por parte de la justicia arbitral, y la terminación de mutuo acuerdo entre otras.

En relación con los contratos que se analizan en el presente estudio, se puede señalar que existe en virtud del principio de la autonomía de la voluntad un plano de igualdad en el contenido de las estipulaciones contractuales, más aún, porque como se ha manifestado, en los contratos de arrendamiento y compraventa no hay lugar a la incorporación de cláusulas excepcionales, en el primero por expresa prohibición legal y en el segundo, por no tener habilitación legal para ello.

Esta autonomía de la voluntad tiene unos límites y cargas constituidas por las leyes, las buenas costumbres, el orden público y los principios que orientan la actividad administrativa y la contratación estatal. Así, unos límites son verdaderamente señalados por la ley, como es el caso del límite de la adición de los contratos que no puede ser superior al 50% del valor inicial del mismo expresado en salarios mínimos⁸².

Una de las cargas que representa ese principio de autonomía de la voluntad, y que tiene especial preponderancia en los contratos estatales es la de legalidad, en virtud de ella, la escogencia de los contratistas, (así sea a través de la modalidad de selección de contratación directa, como el caso de los contratos de compraventa, cuando la entidad es la compradora, y de arrendamiento) debe estar debidamente justificada y debe llevarse a cabo cumpliendo con los principios de transparencia y selección objetiva. De igual forma esta carga de legalidad representa reconocer que los contratos estatales son solemnes, razón por la cual, por más de que se reconozca la presencia de la autonomía de la voluntad, una entidad estatal no puede celebrar un contrato de arrendamiento de manera verbal. En igual sentido, los requisitos de ejecución de los contratos estatales, son distintos a los de los contratos privados, por lo anterior, se debe contar con el registro presupuestal correspondiente, la aprobación de las respectivas pólizas y

⁸² Ley 80 de 1993. Art.40

la acreditación por parte del contratista de estar al día con el sistema de seguridad social integral. Estos constituyen unos de los ejemplos de la carga de legalidad que soporta el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos estatales y que tiene completa aplicación en los contratos de arrendamiento y compraventa suscritos por estas.

En igual sentido, el principio de autonomía de la voluntad implica que la voluntad plasmada en el negocio debe ser clara para que de esta manera sea fácil su efecto vinculante y en igual medida la aplicación de las reglas de interpretación del contrato mismo, requisitos estos que se deben cumplir por parte de las entidades contratantes.

Teniendo en cuenta que el estatuto contractual se fundamenta en los principios de transparencia, economía y responsabilidad, en el postulado de la buena fe y de conformidad con los principios que rigen la función pública se debe lograr un equilibrio entre los intereses generales y los particulares de los contratistas, una aplicación coordinada de los principios del derecho público y del derecho privado porque el contrato estatal es una institución jurídica que comparte de los dos regímenes, por tanto la autonomía de la voluntad se refleja en la etapa contractual y tiene sus límites en el interés general, en la satisfacción de las necesidades generales, y en el manejo de los recursos públicos, puede decirse que es una autonomía de la voluntad no relativizada sino modulada y articulada con la finalidad que el estatuto contractual le ha otorgado a los contratos estatales.

Así entonces la voluntad del estado se debe comprometer en virtud del principio de legalidad, es decir, siguiendo los postulados que el ordenamiento jurídico impone de rango constitucional y de rango legal y constitucional y se debe comprender en virtud del interés general, de la satisfacción de las necesidades de la comunidad y del compromiso de los recursos públicos. Por esta razón, pese a que los contratos de compraventa y arrendamiento celebrados por entidades públicas se rigen en cuanto a su ejecución por las normas de derecho privado, en lo no regulado por el estatuto, por ser contratos estatales deben soportar la carga de legalidad, y de claridad, y además en ellos, se deben aplicar los conceptos de

como se compromete y comprende la voluntad del Estado en este tipo de vínculos.

Por su parte el proyecto de reforma de la ley 80 fortalece el principio de la autonomía de la voluntad ligándolo al interés público y establece en el artículo 9 que las entidades estatales pueden celebrar los contratos que requieran para cumplir su misión en ejercicio de la libre autonomía de la voluntad, siempre que no sean contrarios a la ley y a la constitución. De igual forma en cuanto al contenido del contrato refiere el señalado proyecto de reforma que las entidades son autónomas para definir el alcance y contenido de los contratos que celebren y pueden incluir las estipulaciones que consideren necesarias y convenientes.

Visto así, a continuación en el siguiente capítulo se aborda el tema de la naturaleza estatal o privada de los contratos de compraventa y arrendamiento.

5. LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA Y ARRENDAMIENTO Y SU NATURALEZA ESTATAL O PRIVADA

En este capítulo se entra concretamente a analizar y caracterizar los contratos de compraventa y arrendamiento en cuanto a su naturaleza estatal o privada, en cumplimiento de los objetivos planteados al comienzo de este análisis.

Lo primero que se debe señalar de conformidad con lo expuesto en este documento es que estos contratos que provienen del derecho privado cuando son celebrados por entidades públicas no existe duda en que son contratos estatales dado el criterio orgánico acogido por la ley 80 de 1993 para definir cuáles son estos contratos, razón por la cual la aplicación del régimen jurídico proveniente del derecho privado a este tipo de contratos, no modifica la naturaleza pública de los mismos la que obedece al ya mencionado criterio orgánico (entidad contratante).

En vigencia del decreto ley 222 de 1983, como ya se ha señalado, estos contratos eran privados celebrados por entidades públicas, es decir que su naturaleza jurídica era la de ser contratos privados. El referido decreto los definía y regulaba algunos aspectos tanto de la compraventa como del arrendamiento, en cuanto a la compraventa regulaba aspectos de compra de bienes muebles, de bienes inmuebles, de bienes en el exterior, de adquisición por expropiación y regulaba unos requisitos y procedimientos para llevar a cabo estos contratos.

Por su parte en cuanto al contrato de arrendamiento no lo definía pero regulaba aspectos relacionados con la forma de celebración, el valor del contrato y el término de duración. Dadas así las cosas y como se ha manifestado en este análisis, el exceso de regulación hizo que se tuviera que surtir una modificación con la cual tanto el contrato de compraventa como el de arrendamiento recuperaran su origen privado, aún cuando fueran celebrados por entidades públicas, sin que ello desconozca como hemos dicho la naturaleza de contrato estatal. Así las cosas, al retomar las normas de derecho privado en estos contratos, en el caso de la compraventa se acude a lo definido por el artículo 1849

del Código Civil que la define como el contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero⁸³. Y en cuanto al contrato de arrendamiento el artículo 1974 señala que son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales e incorporeales, que pueden usarse sin consumirse excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales como los de habitación y uso. Contempla que puede arrendarse aún la cosa ajena y el arrendatario de buena fe tendrá acción de saneamiento contra el arrendador en caso de evicción.

La gran diferencia en la actualidad es que el decreto ley 222 de 1983 consideraba estos contratos como de naturaleza privada celebrados por entidades públicas, mientras que la ley 80 de 1993 los considera contratos estatales regulados por el derecho privado (civil y/o comercial) en lo no regulado por el mismo estatuto contractual. Así se infiere de la lectura de los artículos 13, 32 y 40 del referido estatuto.

5.1. OBJETO DE ESTOS CONTRATOS

En cuanto a su objeto, inicialmente el artículo 135 del Decreto Ley 222 de 1983, derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993 establecía que:

El contrato de compraventa de bienes muebles tiene por objeto la adquisición, por parte de la entidad contratante del bien o bienes que requiera para su servicio. En cuanto no pugnen con su naturaleza estos contratos se regulan por las normas consignadas para los de suministro. En la adquisición a cualquier título deberá incorporarse la obligación del contratista de proveer al mantenimiento de los bienes con suministro de repuestos cuando sea el caso, durante el término de garantía, sin costo adicional y por el período de vida útil de los

⁸³ CÓDIGO CIVIL. Editorial Legis, Artículo 1849.

mismos bienes. Así mismo, la obligación de suministro de repuestos de acuerdo con la naturaleza y uso normal de aquéllos.⁸⁴

A su vez el artículo 143 del Decreto Ley 222 señalaba que “el Contrato de compraventa o permuta tiene por objeto la adquisición por parte de la entidad contratante del bien o bienes inmuebles que requiera para su funcionamiento”.

También el contrato de arrendamiento es de tracto sucesivo; al respecto el Consejo de Estado señaló que:

El contrato de arrendamiento es por esencia de tracto sucesivo y su objeto se traduce fundamentalmente en el uso y goce de un bien por el arrendatario a cambio de un canon al arrendador, y se gobierna principalmente por las normas del derecho privado. De ahí que ante el incumplimiento de las obligaciones por parte del arrendatario bien puede el dueño del inmueble hacer uso de la condición resolutoria que contempla el artículo 1546 del Código Civil.⁸⁵

Por otra parte, no debe perderse de vista que se trata de contratos y que, por lo tanto, las partes pueden acordar las condiciones que mejor se adapten a sus propias necesidades; así por ejemplo, en virtud del artículo 1554, 2º del Código de Comercio, el arrendador está obligado a hacer en la cosa las reparaciones necesarias a su conservación; sin embargo, si las partes así lo prefieren, pueden acordar lo contrario. Estas estipulaciones del contrato de arrendamiento pueden modificarse de acuerdo con lo señalado en los estudios previos y lo convenido por las partes pero siempre dentro de las limitaciones definidas por la Ley 80 que se han mencionado a lo largo del trabajo.

⁸⁴ Decreto Ley 222 de 1983. Artículo 135.

⁸⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de julio 9 de 1998. Magistrado Ponente Ricardo Hoyos.

5.2. ESTIPULACIONES DE LOS CONTRATOS.

En principio, al tenor de lo establecido por la ley 80 existe autonomía y varias posibilidades en las estipulaciones de los contratos estatales, y al tenor de lo dispuesto por el artículo 40 de la ley las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles y comerciales correspondan a su esencia y naturaleza, así las cosas, en principio en los contratos de compraventa y arrendamiento se pueden pactar las estipulaciones que el ordenamiento privado.

En relación con las estipulaciones de los contratos el estatuto contractual sólo regula lo relacionado con las cláusulas excepcionales. Así entonces cada contrato debe atender las disposiciones que lo regulan, en el presente caso la compraventa y el arrendamiento para así pactar las cláusulas de su esencia, las de la naturaleza para excluirlas y las accidentales para incluirlas. Dado que la remisión a las normas del ordenamiento privado es supletiva entonces debe recordarse que estas normas regulan circunstancias entre los contratistas cuando estos no las han regulado, y su función es complementar la voluntad contractual.

Cuando se suscriba entonces un contrato estatal, así sea de los de regulación por normas de derecho privado, las estipulaciones que se pacten tienen como limitante la constitución, la ley, el orden público, los principios y finalidades de la ley 80 y los principios de la buena administración. Así, cuando se suscriba un contrato de arrendamiento o uno de compraventa por parte de una entidad estatal, se debe tener en cuenta entre otros aspectos, las necesidades por las cuales se celebra, los principios que rigen la actividad administrativa y la contratación estatal, tales como la eficacia y eficiencia, transparencia, moralidad, tener en cuenta, bajo el principio de legalidad y bajo el criterio de normas supletivas a las del ordenamiento privado, que un contrato de arrendamiento no puede ser consensual, porque al ser contrato estatal se somete a la solemnidad del escrito, tener en cuenta también que en este tipo de contratos está prohibido pactar cláusulas excepcionales, que no pueden adicionarse en más del 50% de su valor inicial, y en el caso de las compraventas que no hay habilitación legal para pactar las referidas cláusulas. De igual forma, en estos contratos se debe tener en cuenta

que deben cumplir con los requisitos de perfeccionamiento y ejecución propios de los contratos estatales dado que esta es su naturaleza. Así pues se evidencia que lo que en materia de contratos estatales se presenta es efectivamente un régimen mixto que los regula, razón por la cual debe existir coordinación, modulación y engranaje entre los aspectos que regulan tales contratos para que de esta manera se armonicen las normas y no se tenga que pensar en un régimen especial que regule los aspectos propios de ejecución de los contratos, pues la excesiva regulación genera la lenta actividad administrativa atentando contra los principios de eficiencia y eficacia.

Una parte esencial para la comprensión de la naturaleza de estos contratos celebrados entre entidades públicas y que se mueven entre los regímenes público y privado lo constituyen sus procedimientos de perfeccionamiento y la forma como ejecutan, dado que debido a esa misma naturaleza y a la función del Estado, contienen elementos que permiten su diferenciación frente a los que llevan a cabo los particulares. En el siguiente capítulo se aborda entonces ese aspecto, como fase siguiente a la precontractual.

6. PERFECCIONAMIENTO Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes, puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito⁸⁶. Esto ya constituye una primera distinción con los contratos de naturaleza estrictamente privada, si se tiene en cuenta que los particulares no están obligados legalmente a formalizar los contratos que acuerdan y por lo tanto pueden existir contratos verbales de arrendamiento o compraventa de bienes muebles, entre otros.

Cuando se habla de perfeccionamiento de los contratos estatales se hace referencia a los requisitos de orden legal establecidos para que se exprese la voluntad de los contratistas, contrarios al derecho privado en los que existe la consensualidad, es decir que los contratos por regla general se perfeccionan por el simple acuerdo de voluntades, en los contratos estatales el escrito entonces se constituye como una formalidad ad substantiam actus, es decir que se debe cumplir para que los contratos estatales nazcan a la vida jurídica.

El Decreto 111 de 1996 en su artículo 71 establece que todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos; estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de ejecución de los contratos estatales, lo que tampoco sucede en los contratos entre particulares, dado que en ese caso la parte contratante no está legalmente

⁸⁶ Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º

obligada a reservar los recursos destinados al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, a menos que así lo acuerdan de manera libre. Al respecto el tratadista Samuel Yong⁸⁷ refiere que un sector de la doctrina con base en el estatuto orgánico del presupuesto sostiene que el contrato estatal no nace a la vida jurídica, sino cuando se expide el registro presupuestal respectivo una vez se ha formalizado en documento escrito, sin embargo se considera que ello iría en contravía de la ley por cuanto esta solo exige elevarlo a escrito, por tal razón, los aspectos de tipo presupuestal, que son obligaciones de la entidad contratante, no pueden afectar el acuerdo celebrado ni los derechos adquiridos por el contratista.

Así, de acuerdo con los criterios legales y jurisprudenciales, se tiene entonces que la solemnidad es requisito de perfeccionamiento del contrato estatal y por su parte el registro presupuestal junto con los demás requisitos previstos en la ley, son requisito de ejecución del contrato⁸⁸, por tanto un contrato estatal puede estar perfeccionado pero no poder dar inicio a su ejecución por no contarse con el registro presupuestal, la aprobación de las garantías o porque el contratista no acredite estar al día con los pago de los parafiscales, entonces esta situación puede generar la indemnización de perjuicios para la parte que genere la no ejecución del contrato, pagando entonces los respectivos perjuicios acreditados, o en el caso de las entidades contratantes, haciendo efectiva la garantía de seriedad de la oferta o imponiéndole la sanción de inhabilidad para contratar.

Estas situaciones reguladas por la ley en relación con los requisitos de perfeccionamiento y ejecución de los contratos estatales de arrendamiento y compraventa, los hacen diferentes a los celebrados por los particulares. Pese a que estos contratos se regulen por normas de derecho privado, no puede pensarse que en virtud de la autonomía de la voluntad se desconozcan postulados legales, lo anterior por cuanto tal como se manifestó al tratar el capítulo de la autonomía de la voluntad este soporta la carga de la legalidad, razón por la cual,

⁸⁷ YONG. Samuel. El contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación. Ibañez. 2015. 4ª Edición.

⁸⁸ Artículo 41 ley 80 de 1993.

pese a que los contratos de arrendamiento pueden ser consensuales, en el caso de los contratos de arrendamiento estatal no se admite la consensualidad.

Ahora, en relación con el requisito de ejecución del registro presupuestal se debe tener claro que no se podrán contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, con anticipación a la apertura del crédito adicional correspondiente, o con cargo a recursos del crédito cuyos contratos no se encuentren perfeccionados, o sin que cuenten con el concepto de la Dirección General de Crédito Público para comprometerlos antes de su perfeccionamiento, o sin la autorización para comprometer vigencias futuras por el Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, o quien éste delegue. El funcionario que lo haga responderá personal y pecuniariamente de las obligaciones que se origine. Así entonces los contratos estatales de arrendamiento y compraventa requieren para su ejecución contar con el registro presupuestal correspondiente. No obstante, en relación con otro de los requisitos que se ha tenido como de ejecución de los contratos, como lo es el acta de inicio, puede señalarse que ni los contratos de compraventa estatal ni los de arrendamiento estatal requieren contar con acta de inicio ello por cuanto esta formalidad no está regulada por el ordenamiento civil ni comercial y al no estar regulada tampoco por el estatuto de contratación se tiene entonces que no debe existir en los contratos estatales. Sin embargo, si las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad establecen dicho requisito, debe cumplirse para poder configurar ese requisito que permita la ejecución del contrato respectivo por cuanto el contrato es ley para las partes.

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda” (inciso modificado por el

artículo 23 de la Ley 1150 de 2007). Esta última obligación también aplica actualmente para la contratación entre particulares, de acuerdo con la legislación vigente en materia de seguridad social.

El Consejo de Estado se ha pronunciado ampliamente al respecto, al señalar que:

El artículo 39 de la ley 80, al ocuparse de la forma del contrato estatal, estableció que los contratos que celebren las entidades estatales “constarán por escrito” (...) La forma como se materializa el vínculo jurídico es pues escrita, sólo que las formalidades plenas están determinadas en función de la cuantía (par. Art. 39 ley 80 y art. 25 decreto 679 de 1994). Coherente y armónico con este precepto, el artículo 41 de la ley 80 de 1993 revistió a la forma escrita de un valor *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus* o *ad esentiam* (forma *dat esse rei*), al predicar que el acto o negocio jurídico sólo nace a la vida jurídica cuando adopta esa forma obligatoria, se trata de una solemnidad esencial para su existencia jurídica de rigurosa observancia, que constituye una restricción positiva a la expresión de la voluntad. Sin embargo, tal y como ya lo advirtió la Sala en oportunidad precedente, el artículo 41 de la ley 80 de 1993, fue modificado por el artículo 49 de la ley 179 de 1994, que a su vez modificó el artículo 86 de la ley 38 de 1989, orgánica o normativa del presupuesto general de la Nación.⁸⁹

El Consejo de Estado además señala que el artículo 41 de la ley 80 de 1993 distingue entre perfeccionamiento y ejecución, de modo que por virtud de este mandato legal si un contrato no está perfeccionado no es ejecutable.

Por ministerio de la ley, entonces, en el derecho colombiano el contrato estatal es solemne o formal (art. 1500 del Código Civil) y no consensual. Su perfeccionamiento sólo tiene lugar mediante el lleno

⁸⁹ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 5 de octubre de 2005 (Rad. no. AP-01588). Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

de la forma escrita prevista por la ley 80 y el registro presupuestal ordenado por las normas orgánicas de presupuesto; la manifestación de la voluntad se sujeta a un modelo preestablecido por el legislador, el cual constituye la fisonomía del negocio jurídico. O lo que es igual, sin el lleno de estos requisitos los contratos estatales no quedan perfeccionados y por tanto no pueden ser ejecutados. No basta, entonces, el simple acuerdo de voluntades sino que es preciso que la expresión del consentimiento se haga a través de ese canal previsto por la ley: debe constar por escrito y debe contar con el respectivo registro presupuestal y la inobservancia de esas solemnidades especiales “impide el nacimiento de cualquier efecto contractual”, y por lo mismo carece de relevancia jurídica al quedar por fuera del derecho. La legislación es, pues, clara en impedir la consolidación de los efectos de un negocio jurídico que no se avenga a este cauce legal, al exigir que las partes han de elevarlo a escrito y contar con el registro presupuestal. En otras palabras, el contrato únicamente existe, una vez se satisface el requerimiento de la forma documental y su registro presupuestal, que de no cumplirse priva de efectos jurídicos al acuerdo de voluntades y, por lo mismo, no puede entrar a ejecutarse. En suma, la contratación estatal verbal está, pues, excluida, prohibida o proscrita en nuestro ordenamiento jurídico.⁹⁰

Adicionalmente, el Consejo de Estado se refirió también a la relación entre las leyes 80 de 1993 y 179 de 1994 y el artículo 998 Código de Comercio, el cual es aplicable a los negocios jurídicos estatales por expresa remisión del inciso primero de los artículos 13 y 40 de la ley 80 y del artículo 8 del decreto 679 de 1994. De acuerdo con dicho artículo del Código de Comercio, de acuerdo con el Consejo de Estado:

⁹⁰ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 5 de octubre de 2005 (Rad. no. AP-01588). Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación del acto o contrato y la ausencia de estas precisas exigencias legislativas en la contratación estatal ocasiona la inexistencia del negocio jurídico, pues esa es la manera como el legislador ha previsto para manifestar válidamente el consentimiento (forma dat esse rei). Por lo demás, la ratificación expresa posterior que permite la ley (inc. 1 art. 898 C.Co.) dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes, perfecciona el acto inexistente tan sólo en la fecha de tal ratificación y no constituye una habilitación para normalizar o subsanar lo que comúnmente se denominan “hechos cumplidos”, mediante el acta de liquidación, al tratarse de supuestos surgidos por fuera del marco del contrato, o lo que es igual, extracontractuales.⁹¹

Este concepto del Consejo de Estado reitera aún más la exigencia de la formalidad del contrato estatal, considerándolo una causal para que el negocio sea considerado como inexistente. Más tarde, en 2007, el Consejo de Estado volvió a pronunciarse sobre esta materia para referirse entonces a la diferencia entre lo dispuesto en el Decreto Ley 222 de 1983 y la ley 80 de 1993. Al respecto reiteró que el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito, mientras que el inciso segundo reguló, en forma independiente, las condiciones para su ejecución, indicando que para la ejecución de los contratos estatales se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.

⁹¹ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 5 de octubre de 2005 (Rad. no. AP-01588). Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

Así mismo el Consejo de Estado advirtió que en el auto 27 de enero de 2000 se afirmó que el registro presupuestal era un requisito de “perfeccionamiento” del contrato estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996. No obstante, posteriormente la Sala retomó la posición asumida antes del precitado auto de 2000 y advirtió que la condición relativa al registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su “perfeccionamiento”, porque es un requisito necesario para su ejecución⁹².

Debe señalarse que el perfeccionamiento del contrato no implica que este se pueda ejecutar, y como lo refiere en Profesor Yong, para que ello proceda es necesario por motivos de publicidad, protección al patrimonio público y legalidad del gasto público, que se cumplan unos requisitos que deben cumplir contratante y contratista respectivamente como es el caso de la aprobación de la garantía que allega el contratista, la publicación del contrato, el acreditar el pago de los aportes parafiscales y el registro presupuestal, requisitos estos que se deben cumplir pese a que se trate de contratos que se regulen por disposiciones privadas, como son la compraventa y el arrendamiento.

Es claro entonces que el perfeccionamiento y la formalidad son requisitos indispensables para el reconocimiento de la existencia del contrato estatal, elementos que constituyen diferencia sustancial con el contrato entre particulares. Así, en virtud del principio de legalidad que rige en materia de contratación estatal, la solemnidad de los contratos estatales hace que su perfeccionamiento no se surta con el simple acuerdo entre las partes, y en virtud de este mismo principio, la ejecución de tales contratos se ve supeditada a la existencia del registro presupuestal, la aprobación de las garantías, cuando a ello haya lugar y la acreditación del pago de parafiscales, aspectos estos sustancialmente diferentes a los contratos de derecho privado, y en los que la autonomía de la voluntad no

⁹² Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 7 de junio de 2007 (Expediente 14669). Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

puede prevalecer, pues en tratándose de contratos estatales, esta autonomía es reglada y se atenúa frente al principio de legalidad.

De lo señalado en el artículo 40 de la ley 80 de 1993 se tiene que el contrato estatal es solemne pues para perfeccionarse requiere elevarse a escrito, esta solemnidad en los casos de los contratos de mínima cuantía se cumple con la aceptación de la oferta, el Consejo de Estado ha señalado que todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio de esa estirpe, sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa de su inobservancia (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente Número 17072. C.P. Ruth Stella Correa). Y en este aspecto, en los contratos de mínima cuantía, en vigencia de la normatividad actual en la que se permite que la oferta presentada por el contratista y su aceptación por escrito constituyen el contrato, se evidencia que igual existe la solemnidad propia de los contratos estatales consistente en el escrito. En este aspecto, de acuerdo con las normas del derecho privado, el contrato de arrendamiento es consensual, pero es claro que cuando se trate de un contrato de arrendamiento estatal, esataría proscrita la consensualidad y se hace imperiosa la solemnidad, por ser este un requisito de perfeccionamiento del referido contrato y constituirse en una solemnidad ad substantian actus.

En reciente jurisprudencia ⁹³ señaló el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que, no pueden ser invocados mediante la acción in rem verso para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente. Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito,

⁹³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección C Sentencia de 7 de Septiembre de 2015. Radicación No 44321. C.P. Orlando Santofimio Gamboa.

excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en ésta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta.

No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativo y por lo tanto inmodificable e inderogable por el querer de sus destinatarios.

En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia.

Así entonces ha reiterado el Consejo de Estado respecto de la formalidad y solemnidad de los contratos estatales que debe cumplirse por ser normas de orden público que implican un imperativo legal y se aplica a todos los contratos del Estado, incluidos por su puesto el arrendamiento y la compraventa.

También constituye diferencia la forma como se aborda la interpretación de normas y reglas contractuales en el contrato estatal, aspecto que se aborda en el siguiente capítulo.

7. INTERPRETACIÓN DE NORMAS Y REGLAS CONTRACTUALES

En este capítulo se analizan las posiciones del Consejo de Estado en relación con la interpretación de los contratos estatales, así como las reglas aplicables respecto de la interpretación hermenéutica. El estudio de la contratación estatal debe realizarse a partir de los principios y las reglas que enmarcan y encausan toda la normatividad que la consagra, así como los hechos, actos y estipulaciones de los contratos, propósito para el cual el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 estableció:

Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Se observa que de manera amplica se señala que se aplicarán las reglas de interpretación de la contratación pero sin desconocer los principios de transparencia, economía y responsabilidad, las normas que regulan la conducta de los servidores, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo. Con esta combiación puede pensarse que se trata de principios específicos propios de la contratación pública y que son distintos a los que imperan cuando se trata de negocios entre particulares. Con respecto a la interpretación de las reglas contractuales, la citada Ley 80 establece:

Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de

la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

Se observa que la función pública vuelve a ser la directriz cuando se trata de la interpretación de las reglas contractuales. Así mismo el artículo 1618 del Código Civil señala que "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras". Ya desde 1968, es decir, mucho antes de que existiera la Ley 80, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, expresa:

Las referidas reglas de interpretación contractual no son meros consejos del legislador, sino verdaderas normas de obligatoria aplicación por parte de los jueces; que, si bien es cierto que ellas no tienen índole sustancial, puesto que no confieren derechos subjetivos ni imponen obligaciones civiles propiamente dichas, si son preceptos instrumentales que señalan las nociones, factores y conceptos que el juez ha de tener en cuenta para descubrir la intención de las partes contratantes, para apreciar la naturaleza jurídica de las convenciones y para determinar los efectos de éstas⁹⁴.

Al respecto, el Consejo de Estado señaló, por su parte, que en punto a interpretación de los contratos, la exigencia es más imperativa, en razón de la materia que se refiere, cual es la libertad humana considerada como fuente de relaciones de derecho. El acto jurídico es uno de los medios con que el hombre ejerce esa libertad, y se comprende que su interpretación por parte de los jueces no tenga otro fin que respetar y garantizar esa libertad. Ello quiere decir que la operación interpretativa del contrato parte necesariamente del principio básico de fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo, dijo el Consejo de Estado "es traicionar la personalidad del sujeto

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Diciembre 16 de 1.968

comprometido en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él⁹⁵".

El Consejo de Estado indica que con el objeto de asegurar siempre el imperio de la voluntad se debe interpretar las declaraciones vagas, confusas, oscuras o inconsonantes. No interpretarlas sería anularlas, cancelarlas como expresión de la voluntad, y por ello, su augusta función que toca con las más altas prerrogativas humanas, la de desentrañar el verdadero sentido de los actos jurídicos.⁹⁶

El máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo inclusive recuerda que tanto la ley como la jurisprudencia, establecieron que los principios generales que rigen la contratación pública en general y la función administrativa, son igualmente aplicables a la contratación directa⁹⁷. La posición del Consejo de Estado frente a este punto también plantea que:

Así, en materia de contratación pública, la buena fe es considerada como un modelo o criterio de actitud y conducta, que debe preceder al contrato, permanecer durante su ejecución y perdurar luego de su cumplimiento.⁹⁸ La Ley 80 de 1993, incorpora este principio general en el numeral segundo del artículo 5 por cuya inteligencia los contratistas deberán obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamientos que pudieran presentarse; en el artículo 23 cuando dispone que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal estarán regidas por los principios generales de la contratación, dentro de los que está el de la buena fe; además, en el artículo 28 en el que estableció que este

⁹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, ver entre otras providencias: Autos de 14 de agosto de 2003, Expediente 22.848, y de 30 de septiembre de 2004, Expediente 26945; y Sentencias de 10 de agosto de 2000, Expediente 12.964, 15 de julio de 2004, Expediente AP 1156-02, 14 de abril de 2005, Expediente AP 01577; 20 de abril de 2005, Expediente 14.519.

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Agosto 27 de 1.971

⁹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, ver entre otras providencias: Autos de 14 de agosto de 2003, Expediente 22.848, y de 30 de septiembre de 2004, Expediente 26945; y Sentencias de 10 de agosto de 2000, Expediente 12.964, 15 de julio de 2004, Expediente AP 1156-02, 14 de abril de 2005, Expediente AP 01577; 20 de abril de 2005, Expediente 14.519.

⁹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 22 de abril de 2006, Expediente 8830.

principio se tendrá en cuenta en la interpretación de las normas de los contratos estatales, de los procedimientos de selección y escogencia de los contratistas y de las cláusulas y estipulaciones de ellos⁹⁹.

Para el Consejo de Estado, la buena fe impone a la administración y a los interesados en contratar con el Estado un proceder caracterizado por la mutua confianza, diligencia, prudencia y colaboración en la construcción del vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y de interés público que se persigue con la contratación estatal.

Este principio general tiene fundamental desarrollo en el proceso de formación de los contratos estatales a través de los principios de transparencia y economía, como que son deberes de la administración, entre otros, elaborar un pliego de condiciones que contenga reglas objetivas, justas, claras y completas que no induzcan a error, precisar el costo y la calidad de los bienes, obras y servicios necesarios, no fijar condiciones de imposible cumplimiento, ni exenciones de las responsabilidades por los datos que se suministren (24 No.5 de la Ley 80 de 1993); conceder las etapas y oportunidades para que los interesados conozcan y controviertan los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, colocando incluso los expedientes a su disposición (art. 24 Nos. 2 y 3 ibídem); así como tampoco exigir, sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimiento de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa se encuentren previstos en leyes especiales.¹⁰⁰

El Consejo de Estado cita como ejemplo el criterio de inalterabilidad de los pliegos de condiciones, según el cual, una vez precluida la etapa respectiva de precisión,

⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2001, Expediente 13.405

¹⁰⁰ Ibíd.

aclaración, adición o modificación de los mismos en el proceso de selección, le está vedado a la administración hacer cualquier cambio sobre la marcha a las reglas de juego previamente establecidas en ellos, en forma unilateral, subrepticia y oculta, tomando por sorpresa a los participantes y generando incertidumbre en la etapa de evaluación y estudio del mérito de la mejor propuesta.¹⁰¹

Por lo demás, la buena fe, en su carácter de principio, incorpora el valor ético de la confianza y lo protege, fundamenta el ordenamiento jurídico, sirve de cauce para la integración del mismo e informa la labor interpretativa del derecho. En el ámbito de la contratación se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos, esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido.

En la Sentencia C-892 de 2001, la Corte Constitucional señaló al respecto que los contratos deben celebrarse de buena fe, que las partes deben proceder en la etapa precontractual de buena fe exenta de culpa, so pena de indemnizar perjuicios, y que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, respectivamente. En materia de contratación pública, la Corte señala que la buena fe es considerada como un modelo o criterio de actitud y conducta, que debe preceder al contrato, permanecer durante su ejecución y perdurar luego de su cumplimiento.

Al respecto de la buena fe, el Consejo de Estado señala que:

La Ley 80 de 1993, incorpora este principio general en el numeral 2 del artículo 5 por cuya inteligencia los contratistas deberán obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamientos que pudieran presentarse; en el art 23

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2001, Expediente 13.405.

cuando dispone que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal estarán regidas por los principios generales de la contratación, dentro de los que está el de la buena fe; además, en el art 28 en el que estableció que este principio se tendrá en cuenta en la interpretación de las normas de los contratos estatales, de los procedimientos de selección y escogencia de los contratistas y de las cláusulas y estipulaciones de ellos. Por lo tanto, circunscritos a las actuaciones administrativas de selección contractual, la buena fe impone a la administración y a los interesados en contratar con el Estado un proceder caracterizado por la mutua confianza, diligencia, prudencia y colaboración en la construcción del vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y de interés público que se persigue con la contratación estatal.¹⁰²

Efectivamente en virtud del principio de buena fe, se incorporan al proceso contractual los principios de transparencia y economía como deberes de la administración, que implican a su vez la elaboración de pliegos contractuales guiados por reglas objetivas, justas, claras y completas, la precisión en el costo y la calidad de los bienes, obras y servicios que el Estado busca adquirir, según lo señala el artículo 24, numeral 5 de la Ley 80 de 1993; existen otras implicaciones concretas de estos principios en los numerales 2 y 3 del mismo artículo, así como en el numeral 15 del artículo 25 de la misma Ley.

En relación con el principio de la buena fe resulta también necesario señalar que el concepto de buena fe, aunque indeterminado en sus alcances, tiene un sustento real. No es creación del legislador, sino que este, partiendo de la realidad, adscribe a la buena fe ciertos contenidos y le impone determinadas limitaciones.¹⁰³ Esta buena fe tiene una triple función como causa de exclusión de

¹⁰² Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A, Consejo de Estado, 9 de mayo de 2012, Expediente 22.714, Actor: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

¹⁰³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 811 de 1996. Consejero Ponente Roberto Suárez Franco.

responsabilidad, como fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles de acuerdo con la naturaleza jurídica de la relación y con la finalidad que las partes persiguen a través de ella, es decir, la que se entiende como fuente de integración del contrato y por último, como una causa de limitación en el ejercicio de un derecho subjetivo.

En materia de contratación estatal, la aplicación e interpretación del contrato a la luz del principio de la buena fe no puede desconocer la prevalencia del interés general, es decir que la buena fe no es una barrera que impida que las autoridades cumplan su función, y en virtud de esa función que se ejerce con la suscripción de contratos estatales debe armonizarse la buena fe con ese interés general.

A propósito de la interpretación de los contratos estatales a la luz de las normas del derecho común, el Consejo de Estado mediante pronunciamiento de la Sección Tercera, en mayo de 2012 recordó que:

Las reglas de interpretación de los contratos, obligatorias para el juez en la medida en que el ordenamiento jurídico pretende que la voluntad de las partes —y no la del intérprete— sea escrupulosamente respetada al momento de aplicar o de establecer los alcances del acto o negocio del cual se trate, especialmente cuando el tenor literal de éste no resulta suficientemente esclarecedor respecto de dicha intención de los sujetos, se encuentran consagradas, como se ha expresado, en el Código Civil y resultan aplicables a la contratación estatal en casos como el sub judice, pese a que la contratista del Estado tiene la condición de comerciante —lo cual determina la aplicación preferente de las disposiciones del Estatuto Mercantil—, por virtud de lo normado tanto en el artículo 822 del Código de

Comercio como en el inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993¹⁰⁴.

El Consejo de Estado invoca a Luis Claro, quien plantea que lo que la ley quiere es que la voluntad de las partes se respete y se observe de manera estricta. El autor señala que “Con este fin ha dictado reglas de interpretación que el juez debe observar. No ha dejado entregada la interpretación de las convenciones a la arbitrariedad judicial; no ha dado al juez simples consejos para ilustrar su criterio en esta interpretación; sino que le ha fijado reglas que está obligado a observar”¹⁰⁵.

Si bien el mencionado autor se refiere a los contratos entre particulares, para el Consejo de Estado “las precitadas reglas legales de interpretación de los contratos resultan válidamente aplicables en el ámbito de la contratación estatal”¹⁰⁶.

En relación con la facultad de interpretación de los pliegos, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha advertido, además, que:

Con relación a la interpretación del pliego de condiciones con miras a efectuar la evaluación de las ofertas y la verificación del cumplimiento de los requisitos en él exigidos a los proponentes, la Sala ha reconocido la imposibilidad que existe para la Administración de regular al detalle todas las circunstancias que se pueden presentar en dicho proceso, por lo cual resulta importante analizar las disposiciones del pliego de una manera integral, para desentrañar a partir de su estudio la finalidad perseguida por la entidad con el

¹⁰⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A, Consejo de Estado, 9 de mayo de 2012, Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A, Consejo de Estado, 9 de mayo de 2012, 22.714, Actor: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

¹⁰⁵ CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. XII. Obligaciones y contratos, Editorial Nascimento, Santiago, 1939.

¹⁰⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A, Consejo de Estado, 9 de mayo de 2012. *Ibíd.*

procedimiento de selección y las características que surgen como relevantes para ella a la hora de tomar la decisión de adjudicación.¹⁰⁷

El Consejo de Estado también se ha referido al carácter prenegocial de los pliegos de condiciones de los contratos estatales y la vinculación que ese carácter tiene con las posibles interpretaciones, señalando que:

El pliego de condiciones se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación. Es por lo anterior que, en tanto acto jurídico prenegocial, predispuesto las más de las veces unilateralmente por la entidad que invita al ofrecimiento, es susceptible de interpretación con arreglo a los principios y reglas generales sobre la materia, sin olvidar que la naturaleza de acto unilateral predispuesto, implica que respecto de dicho contenido, se deba aplicar a él las reglas de interpretación decantadas por la doctrina, cuando de condiciones generales se trata. Es principio fundamental informador de la etapa de selección del contratista, el de garantizar la igualdad de los oferentes y por lo mismo bajo dicha óptica todas aquellas cláusulas que puedan comportar la vulneración de tal principio, son susceptibles de depuración, por parte del juez del contrato, como que la aplicación indiscriminada de aquellas, puede constituir la fuente de daños y perjuicios para cualquiera de los partícipes dentro del proceso de selección objetiva. La administración no puede establecer criterios irrazonables que no consulten el interés general presente tanto en el proceso de selección como en la ejecución del contrato estatal, so pena de ineficacia de dichas cláusulas predispuestas ante casos de violación

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, Expediente 12025, Magistrado Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

mayúscula del ordenamiento jurídico v. gr. contravención de norma de orden público o, de exponerse a un control riguroso de contenido por parte del juez del contrato, quien por vía de la cláusula general de buena fe o, bajo la óptica del principio de objetividad o de igualdad, puede corregir o ajustar el contenido de la cláusula, con el propósito de preservar la eficacia vinculante de la que ha sido predispuesta, garantizando así, en todo caso, la aplicación cabal de los principios informadores de la contratación estatal.¹⁰⁸

El Consejo de Estado considera que la interpretación del pliego procede para definir su aplicación a circunstancias que no se hayan regulado de manera expresa en él, buscando el sentido “que más se acomode a la justicia y la conveniencia pública”.¹⁰⁹

Con respecto a la interpretación hermenéutica de los textos contractuales, el Consejo de Estado ha señalado que:

De todos modos, en aquellos casos (...) en los cuales el Juez deba valerse de distintas herramientas interpretativas con el fin de dar claridad a pasajes oscuros en el contenido de las estipulaciones del contrato estatal o cuando se pretende desentrañar la voluntad o la intención real de los sujetos de dicho vínculo negocial, lo cierto es que los parámetros hermenéuticos provistos por el aludido artículo 28 del Estatuto de Contratación Estatal resultan insuficientes para acometer la anotada labor, pues si bien es verdad que dicho precepto consagra unos principios de interpretación que orientan,

¹⁰⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1999, Expediente 12344. Magistrado Ponente Daniel Suárez Hernández.

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de enero de 2004, Expediente 13146, Magistrado Ponente Alier E. Hernández Enríquez.

inspiran o informan la referida actividad, no es menos cierto que tales previsiones no constituyen reglas interpretativas precisas.¹¹⁰

No sucede lo mismo en el caso de los contratos entre particulares, dado que en el Código Civil los procedimientos a aplicar en las interpretaciones hermenéuticas han hecho que el Consejo de Estado señale que dichos procedimientos se deben aplicar para superar los vacíos presentes en la Ley 80, sin que con ello se desconozca lo normado por el artículo 13 de la Ley 80:

En ese orden de ideas, las referidas reglas de interpretación, cuya aplicación a los contratos estatales debe llevarse a cabo atendiendo a los principios enunciados en él varias veces aludido artículo 28 de la Ley 80 de 1993, son aquellas que se hallan previstas entre los artículos 1618 y 1624 del Código Civil.¹¹¹

El Consejo de Estado reconoce así que resulta imposible que la administración pública prevea todas las circunstancias que se pueden presentar a lo largo del procedimiento de selección, además de que es posible que el pliego contenga ciertos vacíos o lagunas, por lo que es factible que se presenten problemas hermenéuticos típicos de cualquier norma o precepto. En tales casos, es preciso que el operador acuda a los postulados fijados por el legislador para brindar herramientas interpretativas; en el caso del contrato estatal, el estatuto de contratación de la administración pública remite a los principios de la función administrativa, a los generales del derecho, a los propios del derecho privado, y a los particulares del derecho administrativo.

El sentido gramatical o exegético será el que prevalecerá cuando el tenor literal sea claro; agotada esa vía, es pertinente recurrir al espíritu (criterio histórico) y al significado de las palabras en su contexto legal, el de uso común y el sentido técnico de las mismas

¹¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A, Consejo de Estado, 9 de mayo de 2012, Expediente 22.714. Óp. Cit.

¹¹¹ Ibíd.

(criterio semántico); con posterioridad, es dable acudir a la hermenéutica por contexto (criterio sistemático), según el cual es posible ilustrar el sentido de la norma a partir de los elementos fácticos y jurídicos que la enmarcan, en procura de la búsqueda de correspondencia y armonía; de igual forma, es posible desentrañar la finalidad u objetivos perseguidos por la disposición (criterio teleológico); otros criterios hermenéuticos –de naturaleza subsidiaria– son los relacionados con la articulación general del ordenamiento jurídico y la equidad¹¹².

Es claro entonces que el proceso de interpretación empieza por el sentido gramatical, sigue con el criterio histórico, el sentido semántico, el criterio sistemático, el criterio teleológico y por último otros criterios teleológicos, si es que alguno de los precedentes no ha logrado aclarar la interpretación que debe darse a las normas y reglas contractuales.

De igual forma tal como lo ha manifestado el Consejo de Estado las herramientas interpretativas señaladas en el artículo 28 de la ley 80 de 1993 son insuficientes y tampoco constituyen reglas interpretativas razón por la cual se acude al ordenamiento privado.

De manera general se puede decir que las reglas interpretativas que se aplican en los contratos estatales son:

“Artículo 1618. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

Artículo 1619. Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.

¹¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642).

Artículo 1620. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

Artículo 1621. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.

Artículo 1622. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.

Artículo 1623. Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda.

Artículo 1624. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.

Lo anterior quiere decir que por virtud de la ley 80 de 1993 y a falta de regulación más amplia en relación con las reglas de interpretación de los contratos estatales

se aplicarán los criterios establecidos en el Código Civil y transcritos con anterioridad, pero dicha aplicación no debe olvidar el interés general que prevalece con la celebración de los contratos estatales.

Con base en todo lo avanzado hasta este punto, en el siguiente capítulo se analizan las implicaciones que tiene la aplicación de las instituciones de derecho privado en los contratos de compraventa y arrendamiento que celebran las entidades de derecho público.

8. IMPLICACIONES DE LA APLICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO Y SU INCIDENCIA EN LOS CONTRATOS COMPRAVENTA Y ARRENDAMIENTO CELEBRADOS POR ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO

Como se ha observado a lo largo de los diferentes capítulos, existen múltiples condiciones bajo las cuales algunos elementos del contrato administrativo contienen cláusulas y tienen implicaciones jurídicas similares a las de la contratación privada. Esa situación hace necesario analizar, como en efecto se hace en este capítulo, las implicaciones que tiene la aplicación de instituciones propias del derecho privado, en los contratos de compraventa y arrendamiento que celebran las entidades de derecho público.

En primer lugar debe señalarse que en todos los contratos estatales existen cláusulas que dependerán de la clasificación del contrato para establecer en qué grado las cláusulas contempladas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública hacen parte integral de su clausulado de manera obligatoria o supletoria, y en otros casos cuales están prohibidas¹¹³. También debe hacerse mención de que la Constitución de 1991 en el artículo 209 consagra la moralidad administrativa como principio y como derecho colectivo en los términos del artículo 88. El Consejo de Estado ha diferenciado estos dos ámbitos de acción de la siguiente forma:

La moralidad administrativa entendida como principio orientador del funcionamiento de la organización estatal y, principalmente, de la función administrativa del poder público, encuentra su fundamento en el artículo 209 de la Carta Política (...) En efecto, al ostentar el grado de principio constitucional, la moralidad supone no sólo un esquema

¹¹³ RONDEROS, Jorge Aturo. Contratos atípicos de las entidades descentralizadas del orden nacional sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Maestría en Derecho Administrativo. 2011.

axiológico o valorativo a seguir, sino que, además, implica una obligación directa radicada en cabeza de todas las personas que cumplen o ejercen funciones administrativas(...).¹¹⁴

Con ello el Consejo de Estado recuerda entonces que la moralidad como principio representa un comportamiento del funcionario y particular que ejerce funciones públicas para que sean ejercidas con responsabilidad, con respeto por lo público y con la conciencia de dar prevalencia al interés general.

La contratación estatal se caracteriza por la facultad que le asigna la ley para convenir una serie de cláusulas excepcionales al derecho común, denominadas cláusulas o potestades unilaterales o exorbitantes, las cuales permiten efectuar la interpretación, modificación o terminación unilateral del contrato; a la imposición de multas, declaratoria de caducidad o la reversión de bienes de propiedad particular al patrimonio estatal al momento de finalizar el contrato. Estos poderes unilaterales se ejercen a través de actos administrativos.¹¹⁵

Una de las posibles implicaciones de la asimilación de ciertas cláusulas del derecho privado en los contratos celebrados por la administración pública se refiere a la resolución tácita. Dice Pothier que esta fue admitida por motivos de equidad, dado que en la mayoría de los casos “no se puede sin grandes gastos, hacerse pagar de sus deudores, se admite a un vendedor que demande la resolución del contrato de venta por causa de la falta de pago del precio, aunque no haya pacto comisorio”¹¹⁶.

Algunos autores consideran que la terminación unilateral se asemeja a la acción de resolución tácita contractual; no obstante, al ser una prerrogativa de la administración que se traduce en una cláusula exorbitante, la terminación unilateral permite a la entidad contratante terminar unilateralmente el contrato

¹¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente Alier Eduardo Hernandez Enríquez. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Radicación número: 25000-23-27-000-2001-00509-01.

¹¹⁵ ROMERO, Leopoldo El arbitraje en la contratación Estatal. Pontificia Universidad Javeriana. 2012.

¹¹⁶ BORJA, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. México. Porrúa. 2006. pp. 114- 115

mediante un acto administrativo y sin recurrir a la vía judicial, cuando se presenta incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista. En cambio la resolución se da cuando el contratista demanda esta acción ante un juez, por incumplimiento de la administración.¹¹⁷

Torres, por su parte, considera que la caducidad de los contratos estatales equivale a la condición resolutoria expresa de los contratos civiles comunes:

En aquéllos, la caducidad surge de la realización del hecho previsto en el contrato, y en éstos, del cumplimiento de la condición. En ambos, sin embargo conduce al mismo resultado, que es el romper el vínculo contractual entre las partes, aunque se diferencian en cuanto a la forma como debe declararse la realización del evento que da lugar a la caducidad o que constituye la condición resolutoria.¹¹⁸

Dentro del derecho administrativo la resolución tácita propia del derecho civil se equipara a la terminación unilateral de la administración del contrato por incumplimiento del contratista, y se equipara a la resolución en caso de incumplimiento de la administración. Barrera considera, sin embargo, que la resolución tácita no cabe en el ámbito de la contratación administrativa, debido a que el contrato no puede resolverse de pleno derecho, puesto que en caso del contratista se requiere de la intervención judicial para dar por terminada la relación contractual con la entidad contratante, mediante sentencia. Tampoco opera de pleno derecho la terminación del contrato en cuanto a la administración, dice Barrera, puesto que ésta requiere de una declaración mediante resolución motivada de terminación unilateral del contrato.¹¹⁹

Esta resolución motivada se establece en virtud del principio de publicidad, que se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Nacional. Según lo

¹¹⁷ BARRERA, Carola. El incumplimiento en los contratos de obra pública. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito. 2013.

¹¹⁸ TORRES, Galo Terminación Unilateral de Contratos Administrativos. Procuraduría del Distrito Metropolitano de Quito, 1995, pp. 87- 88.

¹¹⁹ BARRERA, Carola. Óp. Cit. p. 85.

dispuesto en el artículo 3°, numeral 9°, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud de este principio las autoridades tienen el deber de dar a conocer, de forma sistemática y permanente, sus decisiones (actos, contratos y resoluciones) mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena el ordenamiento jurídico, sin que para ello exista la necesidad de mediar petición alguna.¹²⁰

Ballesteros, al analizar la tensión entre el derecho público y el derecho privado, considera que existe un fenómeno que él denomina como de huida del derecho administrativo en la contratación estatal. Este fenómeno ha sido estudiado por doctrinantes extranjeros y nacionales. Existen tres vías fundamentales en las que se ha manifestado la tendencia de la huida del Derecho Administrativo respecto a la actuación del Estado: primero, a través de la empresa pública; en segundo lugar, a través de la utilización de formas y régimen jurídico para la realización de actividades típicamente administrativas; y en tercer lugar, a través de “privatización” del propio Derecho Administrativo¹²¹. La huida tiene un fin manifiesto de burlar los procedimientos administrativos y el control de la jurisdicción¹²².

La misma ley 80 en su artículo 32 refiere que las entidades estatales pueden celebrar todos los contratos permitidos en razón de la autonomía de la voluntad es claro que muchos de los contratos celebrados por entidades públicas son de naturaleza civil o mercantil, (como los que son objeto de análisis en el presente trabajo) y por consiguiente se someten a la regulación de la normativa propia de estas ramas del derecho en los aspectos sustanciales propios de su ejecución.

En la medida en que el compendio de normas que regulan la contratación estatal no refiere aspecto alguno en cuanto a las condiciones de ejecución de los

¹²⁰ BALLESTEROS, Carlos Andrés. El régimen contractual de las empresas sociales del estado. Facultad de Jurisprudencia Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. 2013.

¹²¹ BALLESTEROS Carlos Andrés. Óp Cit.

¹²² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Prólogo a CHINCHILLA C, LOZANO, B. y DEL SAZ, S., Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo, UNED-Civitas, Madrid, 1992, p.p. 14-15.

contratos, es claro entonces que se regularán por lo señalado en el ordenamiento privado, así por ejemplo, en materia de ineficacia no habrá que buscar las causales en las normas de contratación sino en el derecho civil y mercantil, de igual manera se tratará entonces cuando se hable de la prórroga y renovación del contrato de arrendamiento, de los pactos de exclusiva, comisorio, retroventa, en el contrato de compraventa, pues cada uno de ellos es regulado por el ordenamiento privado y en nada han sido tratados por el estatuto de contratación y sus normas complementarias. Entonces en relación con los requisitos que se deben cumplir, los elementos de la esencia y los efectos que producen entre las partes, debe acudir al derecho privado.

Debe tenerse en cuenta entonces que para efectos de una correcta aplicación de lo regulado por el estatuto contractual y sus normas complementarias, y teniendo en cuenta que la ley 80 de 1993 es una ley de principios, se propende por una modulación de los principios que regulan la contratación estatal y las materias que son propias del derecho privado y regulan la ejecución de los contratos privados celebrados por entidades públicas para que no exista abuso del derecho en los contratos, se logre la satisfacción de las necesidades de la comunidad, el cumplimiento de los fines del Estado y se respete la naturaleza jurídica del respectivo contrato. No obstante el derecho privado aplicado por la jurisdicción administrativa a las entidades públicas no es el mismo que podría aplicar un juez ordinario a un contrato de una empresa privada.

El Consejo de Estado ha señalado que no existen contratos estatales que se rijan totalmente por el derecho privado, pues cuando la Administración Pública celebra contratos a los que se aplica el derecho privado, estos contratos no se convierten en contratos privados pues al ser celebrados por una entidad pública necesariamente implican la aplicación de reglas de derecho público por tanto se rigen por derecho público en cuanto a la competencia, voluntad y forma y en cuanto a ejecución por derecho privado (efecto de las obligaciones)

Tal como lo señala el Tratadista Antonio Bohórquez Ordúz, en su libro “De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano” Volumen 3. En el derecho

privado también existen unas limitantes a la autonomía de la voluntad, y unas regulaciones por parte del Estado, la autonomía privada no tiene la función de perseguir fines socialmente apreciables, **mientras que la autonomía de la voluntad en los contratos estatales, si tiene esta connotación que la hace distinta, pues sí tiene una finalidad de interés público y más aún cuando al contratista se le considera un colaborador de la administración.**

A manera de análisis, no existe en el estatuto de contratación ni en sus decretos reglamentarios una definición de las multas ni de la cláusula penal, como si la hay en el código civil y el código de comercio, tampoco el estatuto de contratación habla de manera especial de los pactos que se pueden incluir dentro de un contrato, ni de la prórroga y renovación del contrato de arrendamiento, ni de la forma de extinguir las obligaciones, sin embargo, al tenor de lo señalado en el artículo 13 de la ley 80 de 1993, se tiene claro que los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 de la referida ley, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley, en concordancia con lo regulado por el artículo 40 de la misma ley se tiene que las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en dicha ley, correspondan a su esencia y naturaleza, por ello bien vale la pena analizar algunas de naturaleza privada, que no se regulan por la legislación contractual, y que al ser incorporadas en los contratos estatales, generan distorsiones o confrontación de las mismas en algunos aspectos, lo que conlleva a reflexionar respecto de la modulación que debe existir en la interpretación de las mismas en concordancia con los principios que rigen la contratación pública y la función pública, para dilucidar la tensión que existe entre las mismas y los principios que rigen la actividad contractual del Estado y lo entendido como cláusulas de poder.

Así las cosas, se hará un análisis de algunas cláusulas, que si bien hacen parte de los contratos de compraventa y arrendamiento según su naturaleza privada, las mismas tienen una modulación en los contratos estatales., así, se hará el análisis de algunos de los pactos accesorios de la compra venta mercantil, su aplicabilidad

y regulación en los contratos que celebren las entidades estatales, análisis de la prórroga y renovación del contrato de arrendamiento.

8.1. EN CUANTO A LA COMPRAVENTA

El decreto Ley 222 de 1983 señalaba el procedimiento a seguirse cuando una entidad pública era la que compraba estableciendo que debía estar precedido de una promesa de venta, así lo preceptuaba el artículo 144:

“La compraventa de inmuebles se efectuará con arreglo al siguiente procedimiento: 1) Acordadas con el propietario las condiciones de la compraventa, se celebrará una promesa de contrato que incluya las especificaciones y detalles del convenio así como el plazo o condición para elevarlo a escritura pública. A la promesa se acompañará copia auténtica del folio de matrícula inmobiliaria o certificado que haga sus veces expedido por el respectivo Registrador de Instrumentos públicos. 2) Una vez cumplido el trámite anterior en lo pertinente, se otorgará la escritura pública de compraventa”

Se tiene entonces que la antigua regulación de este contrato debía cumplir una formalidad por ser uno de los extremos de la relación contractual, una entidad pública, contrario a lo dispuesto en la ley 80 de 1993, que no señala ningún procedimiento, sino que por el contrario deja a la autonomía de la voluntad de las partes la celebración de los contratos previstos en el derecho privado y dispone que las estipulaciones de los mismos serán las que de acuerdo con las normas civiles y comerciales correspondan a su esencia y naturaleza.

Así, pues, las estipulaciones de los contratos estatales pueden ser todas aquellas que sean el resultado de la declaración de la voluntad bajo el entendido de su autonomía y de atención de los fines del Estado, siempre que no contravengan la Constitución, la ley imperativa, el orden público y los principios y finalidades de la ley 80 y los principios de la sana administración (artículo 40-3). Esto es, las

cláusulas de los contratos estatales gozan de una amplitud negocial siempre que no contraríen los criterios, enunciados atrás, de sujeción a las leyes colombianas, al orden público, ni a las finalidades de la misma ley 80 y a los principios de la sana administración. En todos los casos quedarían afectados del grado de invalidez acorde con la irregularidad que se advierta, bien del contrato o de alguna estipulación.¹²³

De los presupuestos señalados, entonces se presenta el análisis de unas cláusulas propias del contrato de compra venta, dada su esencia de contrato privado y su propia regulación a la luz de las normas que regulan la contratación pública.

Así por ejemplo, el artículo 40 de la ley 80 de 1993 autoriza que en los contratos estatales se pacte el pago y entrega de anticipos y señala que no pueden ser superiores al 50% del valor del contrato. Esta disposición al tener el límite señalado por la ley obedece entonces a los principios de la sana administración.

Señala el Profesor Bonivento que la limitación del anticipo procede en los contratos que no deban ejecutarse en un todo, con vista a la instantaneidad de las prestaciones, por cuanto de convenirse, en esta clase negocial, no podrá hablarse de anticipo. Así, por ejemplo, en el precio de la compraventa, no se dirá que existe anticipo por ser el precio un solo componente contractual. Tal vez, se podría predicar, la restricción del anticipo, si la compraventa está antecedita de promesa, en cuanto no podría pactarse en éste pago del precio anticipado en más del cincuenta por ciento (50%).

Dentro de este marco entonces se analizarán los pactos accesorios a la compraventa.

¹²³ BONIVENTO. José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Ediciones Librería del Profesional. Décima segunda edición actualizada. 1997.

8.2. PACTOS ACCESORIOS A LA COMPRAVENTA

El código civil de manera expresa regula tres pactos accesorios al contrato de compraventa: pacto comisorio, de retroventa y el de mejor comprador o *adictio in diem* y señala a su vez que en virtud de la autonomía de la voluntad, en la compraventa se pueden pactar otros pactos lícitos sometidos siempre a la regla general de los contratos tal como lo establece el artículo 1945 del Código Civil. Para efectos del presente trabajo abordaremos el análisis de:

8.2.1. Pacto comisorio.

En el derecho romano, en virtud de la ley comisorio se conocía la figura de la resolución de la venta frente al no pago del precio por parte del comprador dentro del plazo acordado. El artículo 1935 del Código Civil define el pacto comisorio: “Por el pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta. Entiéndase siempre esta estipulación en el contrato de venta, y cuando se expresa, toma el nombre de pacto comisorio, y produce los efectos que van a indicarse.”

Señala el profesor Bonivento en relación con este pacto:

Es decir, requiere que se pacte expresamente la condición resolutoria sobre un aspecto de cumplimiento del contrato de venta: el precio. Es la condición resolutoria, en pocas palabras, pero limitada a la no satisfacción oportuna del precio. No tiene otros alcances alrededor de las demás obligaciones contractuales y convencionales.¹²⁴

Es decir que con el pacto comisorio el contrato es perfecto pero queda sometido a una condición resolutoria, por eso el riesgo de la cosa lo asume el comprador que es además de dueño, poseedor.

¹²⁴ BONIVENTO. José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Duodécima edición. Ediciones Librería del Profesional.

Dentro de las clases de pactos comisorios se han entendido dos:

1. **El simple:** es el definido por el artículo 1935 que es la condición resolutoria expresamente convenida frente al precio. Señala Bonivento en un análisis en relación con este pacto: “En puridad se puede pensar que esta clase de pacto comisorio resulta innecesario si nos detenemos a considerar que consagrado o no en nuestro ordenamiento sustancial, sería de aplicarse en torno a lo dispuesto en los artículos 1546 y 1930 del código civil, que ofrecen al vendedor, la facultad de resolver el contrato de compraventa cuando el comprador no atiende el precio en la forma convenida y prefijada. De ahí que resulte redundante lo dispuesto en el artículo 1936 del código civil: “Por el pacto comisorio no se priva al vendedor de la elección de acciones que le concede el artículo 1930.” Por ningún concepto el pacto comisorio excluye las acciones generales que la ley sustancial le concede al vendedor. Por el contrario, las reafirma, particularmente, sobre la obligación de pagar el precio.”
2. **El calificado o de resolución ipso facto:** “Es el que está consagrado en el artículo 1937 del código civil: “Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelve ipso facto el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda.”¹²⁵

En cuanto a este pacto, no se debe entender que al acordarse que sea ipso facto el vendedor tenga la facultad de resolver de plano el contrato cuando se presente el no pago, porque para deshacer el vínculo contractual, se requiere la declaratoria judicial. El juez procederá a materializar el acuerdo de las partes, y declarará resuelto el contrato desde el momento del incumplimiento del pago.

¹²⁵ BONIVENTO. José Alejandro. Óp. Cit.

De la lectura del artículo 1937 se debe tener claridad en cuanto a la necesidad de la demanda judicial para la declaratoria de la resolución de la compraventa.

En cuanto a los efectos del pacto comisorio se puede señalar que entre las partes se tiene que el no pago del precio resuelve el contrato, mediando la respectiva declaración judicial. Si el contrato se resuelve, el comprador debe restituir la cosa, y el vendedor la parte del precio cubierta por el comprador sin intereses. (1932 código civil).

En los contratos celebrados por entidades públicas, este pacto no opera en favor del contratista, porque éste tiene que acudir ante la jurisdicción para eventualmente cobrar lo que le adeude la entidad o para que se declare que ha existido un incumplimiento del contrato, a través del ejercicio de la acción contractual y en el caso de las entidades públicas, cuando existe un incumplimiento por parte del contratista, la entidad hace ejercicio de la cláusula penal y/o de multas según lo pactado, y previo a ello, declara el incumplimiento del contrato tal como lo dispone el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, la razón de lo anterior se fundamenta en que existe una prevalencia del interés general que faculta a las entidades para que no tengan que esperar hasta que la jurisdicción defina, sino que ellas mismas pueden declarar el incumplimiento.

8.2.2. Pacto de retroventa.

Este pacto está definido en el artículo 1939 del código civil “Por el pacto de retroventa el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación lo que le haya costado la compra.”

Se ha entendido el pacto de retroventa como accesorio de la compraventa y se tiene como una condición resolutoria expresa que se configura cuando el vendedor ejerce la facultad que se reserva de recobrar lo vendido reembolsando su precio o la cantidad que se haya determinado.

Cuando se conviene en el pacto de retroventa, la venta queda sometida a condición resolutoria mediante el derecho de recobro por el vendedor, existe

entonces la venta con todos los requisitos de ley, si el vendedor tiene la facultad para trair, opera la transferencia del dominio, pero solo puede recobrar esa misma cosa según lo convenido en las estipulaciones contractuales sin que se requiera un nuevo o un negocio diferente. En virtud del contrato de compraventa en el que las partes hayan pactado la retroventa, este se puede resolver sin que se requiera una declaración de voluntad de comprar y vender. El derecho del comprador desaparece cuando el vendedor ejerce el derecho que surge en virtud de la retroventa, así, en vez de nacer un nuevo contrato se extingue el primero por el querer de los contratantes.

En igual sentido debe tenerse claro que si el vendedor no hace uso de su derecho de recobro dentro del plazo estipulado o el regulado en el artículo 1943 del código civil, el derecho de propiedad se consolida en cabeza del comprador toda vez que la tradición se había hecho de conformidad con las exigencias sustanciales.

Este pacto de retroventa es solemne, quiere ello decir que debe constar por escrito, de igual forma es claro que si esta cláusula se incorpora con posterioridad no se modifica la naturaleza simple de la venta. La Corte Suprema ha dicho que la venta pura y simple otorgada mediante escritura pública no está sujeta a la condición de retroventa por el hecho de que los otorgantes hayan pactado en documento privado posterior una retroventa futura porque un documento en tal sentido no altera lo pactado en la escritura.

De igual manera resulta importante señalar que según lo dispuesto en el artículo 1942 del ordenamiento civil, el derecho que nace del pacto de retroventa no puede cederse.

Por último, se habla de la prescripción del pacto de retroventa, la que está establecida en el artículo 1943, legalmente se establece un término legal de 4 años contados desde la fecha de celebración del contrato para que el vendedor pueda ejercer la acción de recobro, pese a ello, en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes pueden pactar un plazo menor.

En cuanto a este pacto de retroventa, en caso de que una entidad pública sea la compradora, no podría pensarse en que este pacto aplique porque la razón de ser de un contrato de compraventa por parte de una entidad pública es satisfacer un interés general, lo que implica que al adquirir un inmueble se hace para desarrollar un proyecto de beneficio e impacto para la comunidad, razón por la cual no podría pensarse que exista a favor del vendedor el pacto de retroventa porque dejaría de desarrollarse un proyecto social y de cumplirse uno de los fines de la contratación cual es de la satisfacción de los intereses de la comunidad, y no podría limitarse el desarrollo de proyectos en beneficio de la comunidad en virtud del interés particular que se genere por la celebración de un contrato.

8.2.3. Pacto de preferencia.

Por su parte, en la compra venta mercantil, existe el pacto de preferencia, además de los ya mencionados. De conformidad con el artículo 862 del código de comercio, el pacto de preferencia o sea aquél por el cual una de las partes se obliga a preferir a la otra para la conclusión de un contrato posterior, sobre determinadas cosas, por un precio fijo o por el que ofrezca un tercero, en determinadas condiciones o en las mismas que dicho tercero proponga, será obligatorio. El pacto de preferencia no podrá estipularse por un término superior a un año.

Si la preferencia se concede a favor de quien esté ejecutando a virtud de contrato una explotación económica determinada, el anterior plazo se contará a partir de la expiración del término del contrato en ejecución. Todo plazo superior a un año quedará reducido, de derecho, al máximo legal.

Cuando existe este tipo de pacto, las condiciones de la venta futura pueden estar definidas previamente, así, tratándose del precio, los pactantes lo pueden establecer o acordar que sea fijado en atención a las condiciones que ofrezca un tercero. Como ese contrato no es perfecto, no está sometido a condición, se está en la obligación de perfeccionarlo so pena de no cumplir lo pactado o tener que resarcir perjuicios.

El actual código de comercio en cuanto a esta figura señala:

1. Es un pacto o convenio contractual que puede tener existencia independiente o incorporarse como cláusula accidental de los contrato.
2. En virtud de este pacto de preferencia, una parte se obliga con otra a preferirla para la celebración de contrato posterior. Así, el pacto de preferencia se constituye como una obligación para una de las partes, quedando obligada a preferir a la otra y esa otra parte queda en la facultad de celebrar o no el contrato para el que se le prefiere, es decir que esa cláusula no genera una obligación correlativa para el preferido.
3. En el pacto de preferencia deben determinarse las cosas que serán soporte material de las futuras obligaciones de las partes. El precio y las condiciones deben fijarse o señalar que el precio y las condiciones serán las que ofrezca un tercero.
4. El pacto de preferencia no se puede estipular por un término superior a un año. Si se estipula plazo mayor, no produce efectos y se aplica el legal. Si el pacto de preferencia se aplica a favor de quien está ejecutando en virtud de un contrato una explotación económica el plazo a del pacto de preferencia se comienza a contar a partir de la expiración del término del contrato de ejecución.

Este pacto permite que una persona pueda obligarse a preferir a la otra parte en la celebración de un contrato futuro. El pacto será obligatorio y si en el futuro uno de los contratantes se decide a celebrar el esperado contrato, deberá preferir al otro como contratante, antes de vincularse con otra persona.

Para que este pacto tenga eficacia, se debe definir con claridad los elementos de ese contrato futuro respecto de los cuales uno de los contratantes será preferido por el otro, es decir que este pacto consiste en que uno de los contratantes se compromete, a que si en el futuro decide celebrar la compra sobre determinado bien, de preferencia lo celebrará con el otro contratante. En cuanto a este pacto, podría señalarse que en un contrato estatal, tal estipulación vulnera los principios

de transparencia, pluralidad de oferentes y selección objetiva, así lo señaló el Consejo de Estado, cuando analizó la prórroga del contrato de arrendamiento: “Las partes del contrato sujetaron la terminación del aludido arrendamiento, por razón del vencimiento de su plazo de duración, a la circunstancia de que previamente no se hubiere configurado la prórroga automática correspondiente, sin importar que con esa estipulación se estuviere desconociendo, de manera palmaria y grosera, la prohibición que el último inciso del artículo 58 de citado Decreto-ley 222 de 1983 consagró, de manera perentoria y expresa, respecto de las prórrogas automáticas en cualquier tipo de contrato. Oportuno resulta señalar que la mencionada prohibición legal, encaminada a evitar que las partes de los contratos de derecho público pudieran convenir estipulaciones para evitar que sus contratos terminen y lograr así perpetuarlos en el tiempo, encuentra claro y evidente fundamento tanto en el principio democrático de libre concurrencia, como en los principios generales de igualdad, de imparcialidad, de prevalencia del interés general y de transparencia, entre otros, con arreglo a los cuales debe adelantarse toda actuación de índole contractual, (subraya fuera de texto) en virtud de los cuales se debe permitir y garantizar, a toda persona que cumpla los requisitos establecidos para el efecto en las normas vigentes, la posibilidad cierta, efectiva y real de poder presentar sus ofertas ante las entidades públicas por manera que, en cuanto dichas propuestas consulten adecuadamente el interés general que esas entidades están en el deber de satisfacer y objetivamente sean las más favorables, también podrán acceder a la contratación correspondiente.”¹²⁶

De lo anterior se concluye entonces que por regla general en los contratos estatales no deben presentarse preferencias o ventajas a favor de unos porque se pueden generar monopolios, y según cada caso, procede el análisis de verificar si hay habilitación legal para ello y si las necesidades del servicio así lo requieren.

En este caso se evidencia entonces una clara tensión entre uno de los pactos que regula el ordenamiento privado y los principios que rigen la contratación estatal,

¹²⁶ Sentencia Sección Tercera. Radicación 76001-23-31-000-1994-00507-01(15239). Diciembre 4 de 2006. CONSEJERO PONENTE Mauricio Fajardo

encontrando que los principios prevalecen sobre esa autonomía de la voluntad, porque como la misma es reglada, debe prevalecer que se dé la garantía de libre concurrencia, de pluralidad de oferentes, todo ello entendido dentro de los parámetros de las reglas de la sana administración pública. Dado que los principios son mandatos de optimización, se interpretan para el caso de manera prevalente para así garantizar la actividad contractual de manera transparente.

Así las cosas, y aplicando la sentencia al pacto de preferencia, pese a que las entidades estatales en virtud del principio de autonomía de la voluntad pueden incorporar en sus contratos, las cláusulas propias del derecho privado, al ser el estatuto de contratación una ley de principios, existe una prevalencia de estos frente a esa autonomía de la voluntad, es decir que se relativiza y se da prevalencia a los principios de libre concurrencia, igualdad, transparencia e imparcialidad, por cuanto siempre la entidad debe buscar escoger la mejor oferta, y de esta manera, pactar una preferencia sin duda alguna puede favorecer al particular y desconocer la prevalencia del interés general. No resultaría ser un pacto objetivo en un contrato estatal donde se debe dar prevalencia a los criterios de la transparencia y permitir que los particulares concurren a ofertar a las entidades para así escoger la mejor opción.

8.2.4. El pacto de exclusividad.

El código de comercio no trata el tema ni en la parte general de las obligaciones, ni en la parte de los contratos, abordó el tema en los contratos de suministro y en el de agencia mercantil. Puede decirse que la exclusividad es una cláusula que ocurre en la práctica mercantil y suele ser que se incorpora en todo tipo de contratos.

Se ha considerado la cláusula de exclusividad como de gran importancia en el mercado global toda vez que favorece la celebración de importantes negocios, pues en ocasiones se deben hacer importantes inversiones y se requiere un

tiempo para recuperar tal inversión, por ello se hace importante pactar dicha cláusula para así garantizar el tiempo en el que se recupera la referida inversión.

Al respecto el doctrinante Arrubla Paucar hace referencia a lo señalado por el profesor español Joaquín Garrigues sobre el concepto y naturaleza jurídica de los pactos de exclusiva: “Venta con pacto de exclusiva. La cláusula de exclusiva en los contratos mercantiles. En su aspecto negativo esta cláusula, tan frecuente en el comercio moderno, representa una limitación a la libertad contractual al imponer al concedente de la exclusiva la obligación de no celebrar una determinada clase de contrato con persona distinta del concesionario. Engendra, por tanto, una obligación de no hacer que se parece a la derivada de los pactos de no concurrencia. Pero se distingue de ellos en que la cláusula de exclusiva no disciplina la competencia entre empresas idénticas o análogas, sino disciplina la relación entre sujetos que realizan actividades contrapuestas (productor y revendedor).

“En su aspecto positivo la cláusula representa un incremento del patrimonio de beneficiario al adquirir este una posición de monopolio en el sentido de que solo él tiene derecho a obtener contratos y prestaciones que de no mediar la exclusiva también otros podrían obtener. Desde el punto de vista económico este aspecto positivo es el más importante al eliminar competidores y asegurar un mercado al concesionario de la exclusiva. En cambio, el aspecto negativo es el que tiene mayor realce en el campo del derecho, ya que todo el contenido jurídico de la cláusula se concreta en una obligación negativa a cargo del concedente de exclusiva.”¹²⁷

Así entonces la exclusividad se presenta en la órbita de la libertad contractual si las partes la pactan, procede dentro de la libertad de empresa y la libertad contractual.

¹²⁷ ARRUBLA. Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Decimotercera Edición. Legis 2012

Se ha hablado entonces de la licitud o ilicitud de la cláusula de exclusividad, en la primera mitad del siglo XX se discutió sobre la validez que podía tener tal pacto, analizando si este tipo de pactos al crear un monopolio a favor de una de las partes y al limitar la competencia podía comprometer el orden público y estar vedado para la actividad contractual de los particulares.

Del análisis hecho, resulta evidente que la cláusula de exclusiva restringe la competencia, pero en ocasiones con este tipo de medidas se protegen los principios de libertad de empresa y de iniciativa privada de los contratantes.

En relación con la validez de este tipo de cláusulas señala el profesor Garrigues:

La exclusiva en la compraventa. Cuestión sobre su solicitud. Límite de la exclusiva. La cláusula puede afectar al comprador, al vendedor o a ambos, y puede referirse o a una compraventa simple o a un contrato preparatorio de venta sucesiva o a una venta por suministro, que será el caso más frecuente. a) La exclusiva que afecta a una compraventa simple representa a veces en el comercio la venta de artículos de temporada o de moda, cuyo mercado está limitado por el tiempo y por la cantidad. En estos casos puede haber interés en el revendedor de asegurarse la exclusiva de venta durante la temporada y para los artículos que suelen venderse son en la temporada. La doctrina francesa estima que el supuesto normal de la exclusiva es que la cláusula se inserte en un contrato preparatorio de futuras ventas. Ejemplo: contrato por el que un fabricante se obliga a celebrar futuros contratos de venta con un determinado revendedor y al propio tiempo a no celebrar contratos de venta con otros revendedores.¹²⁸

Señala el referido autor que la exclusiva será lícita siempre que tenga límites temporales y espaciales y advierte que:

¹²⁸ ARRUBLA. Jaime Alberto. *Ibíd.*

El peligro de abuso aparecerá de parte del suministrador cuando imponga precios o condiciones de tal naturaleza que el suministrado se vea en la imposibilidad de adquirir la mercancía objeto del suministrador y no podrá adquirirla de otra empresa porque se le prohíbe precisamente el pacto de exclusiva. El abuso aparecerá de parte del suministrado cuando, habiéndose dejado a su arbitrio la cantidad que pueda adquirir, prescinda de sus adquisiciones impidiendo al propio tiempo, por aplicación de la cláusula, que otros realicen esas mismas compras. Esto se traducirá en un daño para el suministrador y para los consumidores en general. Por esta razón lo frecuente será imponer en el contrato al suministrado un contingente mínimo de compra.¹²⁹

En Colombia se tiene que la cláusula de exclusividad tiene una limitante en el tiempo y es por diez años, la dificultad en Colombia en cuanto a la aplicación de esta cláusula se da cuando la ley 256 de 1996 señala en su artículo 19 que se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras estas sean de propiedad de los entes territoriales.

Así entonces se ha concluido, tal como lo hace el derecho comparado, que la ilicitud de esta cláusula radica en la ausencia de límites.

Según pronunciamiento de la Corte Constitucional, en sentencia C-535 de 1997, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, señaló: “La interdicción de la ley no se predica de todos los pactos de exclusividad que se convengan en los contratos de suministro. Solo se aplica la prohibición a las cláusulas que tengan

¹²⁹ *Ibíd.*

como efecto “restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios.”¹³⁰

Sin embargo, si la disposición acusada se interpreta correctamente, el problema constitucional se desvanece, puesto que el tipo de pacto que se proscribe es únicamente el que tiene el efecto real de restringir el acceso de los competidores al mercado, vale decir, el que es capaz de producir de conformidad con los criterios anotados un efecto sustancial en la disminución de la competencia existente.

En relación con la cláusula de exclusividad en los contratos Estatales ha señalado el Consejo de Estado:

Así las cosas, comportando dicha estipulación, una verdadera obligación negativa o de no hacer y, a la vez, sirviendo de medio jurídico para restringir la libertad contractual del estipulante, resulta indispensable considerar la validez de un pacto de tal naturaleza en un contrato estatal como el que ha originado el presente proceso, pues si bien es cierto que, las autoridades públicas a quienes se extiende el ámbito de aplicación de la Ley 80 de 1993, pueden, en ejercicio de su autonomía privada, celebrar actos jurídicos que impliquen disposición de intereses —negocios jurídicos— y en esa medida, gozan de una relativa amplitud en la determinación del contenido del negocio, no lo es menos que, el pacto de exclusividad, por los efectos trascendentales que comporta para quien asume la obligación, esto es, por la limitación de su libertad contractual, puede devenir inválido o ineficaz, si dicha exclusividad, conlleva la vulneración del régimen de contratación, o de algún procedimiento previsto en él, al cual se encuentren sujetas las autoridades públicas.¹³¹

¹³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹³¹ Sentencia 12085 de 1999. CONSEJERO PONENTE Daniel Suárez.

Establece el Consejo de Estado que la administración pública no debe limitar su libertad contractual, y que al ser esta una cláusula accidental sería inválida porque transgrede normas imperativas y además va más allá de la autorregulación. De igual forma al no ser una cláusula de la naturaleza, que serían las que admite el estatuto de contratación, y dada su evidente contradicción con los principios de transparencia, selección objetiva, libre concurrencia y pluralidad de oferentes, resulta claro que no sería una cláusula propia de los contratos estatales, y tal como lo señala el Consejo de Estado, esta cláusula sería posible siempre que no vulnere normas de orden público ni atente contra el derecho a la igualdad de los oferentes.

Así las cosas, de la sentencia en cita se infiere que por regla general no será posible establecer pactos o cláusulas de exclusividad cuando con ellos se vulneren los principios que rigen la contratación estatal entre ellos el de libre concurrencia y transparencia, pero el mismo consejo de estado abre la puerta para que en determinados negocios jurídicos estatales sí proceda de acuerdo con la función práctica de los mismos. En este orden de ideas, la eventualidad de dicho pacto sería cuando una entidad estatal acredite que con dicho pacto se da prevalencia a los principios de economía, celeridad, eficiencia y eficacia, y no se vulneren normas de orden público, tal es el caso cuando con ocasión de la compraventa de maquinaria o vehículos la garantía se supedita a que los repuestos solamente sean vendidos por el distribuidor primario so pena de perder la garantía. Así haya otros oferentes dentro del mercado, se comprarán los repuestos a este distribuidor por reportar una mayor ventaja, o aun cuando una entidad territorial adquiere una cierta maquinaria en la que resulta mejor para su funcionamiento, sin supeditarlo a la pérdida de la garantía, adquirir los repuestos con la empresa que vendió la maquinaria porque se tendrá una mayor duración de la maquinaria, un mejor funcionamiento, si esto se encuentra debidamente soportado, resultaría conveniente el pacto de exclusividad para la adquisición de dichos repuestos, toda vez que se encuentra acreditada la relación costo beneficio de dicha cláusula y tendría una función práctica sin vulnerar normas de orden público ni transgredir los principios que rigen la contratación. Situación que indica

entonces que la posibilidad de pactar este tipo de cláusulas propias del derecho privado, no es absoluta como en el derecho privado, y así como en éste encuentra sus límites establecidos en la ley 256 de 1996 (ley de competencia desleal) en el contrato estatal encuentra sus límites en los principios que orientan el contrato estatal, lo que no prohíbe la posibilidad de estos pactos, pero si los limita.

En virtud de un pacto de exclusiva en el contrato de compraventa las partes contraen la obligación, bien de no comprar a terceros una determinada cosa, bien de no vender a terceros la misma cosa que al comprador, bien ambas obligaciones, conjunta y recíprocamente. El pacto de exclusiva puede añadirse no sólo al contrato de compraventa sino a contratos de la más diversa índole (p. ej. concesión, suministro, arrendamiento de servicios, mandato, representación, edición...). Su finalidad es la limitación de la concurrencia o de la competencia, impidiendo que existan otros posibles acreedores de una prestación idéntica del mismo deudor. La exclusiva a favor del vendedor tiende a asegurarle la salida de sus productos, impidiendo la concurrencia de otras ofertas de venta, pues el comprador contrae una obligación negativa de no comprar a persona distinta del vendedor. Por su parte, la exclusiva a favor del comprador (más frecuente en la práctica) obliga al vendedor a no vender a terceros un determinado producto en una determinada zona geográfica. El pacto de exclusiva supone una obligación de no hacer, de prestación continuada: no vender a otro que no sea el comprador/contratante, y/o no comprar a vendedor distinto de aquél con quien se contrata.

No obstante la validez del pacto de exclusiva no puede aceptarse en términos absolutos, sino que su licitud viene condicionada por el respeto a determinados límites, no siendo válido un pacto de exclusiva ilimitado, porque supondría la vulneración del orden público económico protegido por las normas de defensa de la competencia. Se señalan los siguientes límites a la validez del pacto de exclusiva:

1. Límites objetivos: el pacto de exclusiva se ceñirá a determinados bienes o

servicios, pues atendería contra la libertad individual la exclusiva que abarcara todas las cosas objeto de tráfico jurídico.

2. Límites espaciales: la zona de exclusiva aparecerá determinada por las partes, de forma expresa o tácita.

3. Límites temporales: el pacto se extenderá durante el tiempo fijado por las partes en el contrato, expresa o tácitamente. La falta de delimitación temporal del pacto o la duración excesiva del mismo con respecto a las pautas fijadas por el orden público, conllevará la existencia de un derecho de denuncia o resolución del contrato, facultad que deberá ejercitarse de buena fe y tempestivamente. Hay que distinguir dos tipos de pacto de exclusiva:

1. Pacto de exclusiva de carácter simple, o unilateral, cuando sólo una de las partes contrae la obligación de no realizar a favor de terceros, o de no recibir de ellos prestaciones idénticas a aquella convenida con el contratante.

2. Pacto de exclusiva de carácter doble o bilateral, si ambas partes se obligan recíprocamente a no realizar a favor de terceros o a no recibir de ellos prestaciones idénticas a las acordadas entre ellos.

En la práctica resulta habitual que el pacto de exclusiva se vea acompañado por otros pactos que suponen otras obligaciones para las partes. Así, la obligación del comprador de adquirir una cantidad mínima de productos, o incluso la de comprar toda la producción del vendedor; al de no vender otros productos en la zona de exclusiva que los del vendedor; la de no vender otros productos en la zona de exclusiva que los del vendedor; o la obligación del vendedor de impedir que terceros que de él adquieren bienes los vendan después en la zona de exclusiva. Como hemos visto, el pacto de exclusiva impone a uno o a ambos contratantes una obligación de no hacer: a no vender a persona diferente, a no comprar a quien no sea el vendedor con quien se ha contratado. El incumplimiento se produce entonces cuando se vende a un tercero, o se compra a personas distintas del vendedor. El pacto vincula sólo a los contratantes. A los terceros con quienes éstos contraten -vulnerando el pacto- no les será oponible, salvo si lo conocen.

En un principio se había pensado que la ley 256 de 1996, Ley que regula la competencia desleal, proscribía de nuestra legislación el pacto de exclusividad, pero el artículo 19 de la referida ley señala que se considera desleal pactar exclusividad cuando la cláusula tenga por objeto restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, lo que conlleva a concluir que los alcances de esta cláusula fueron restringidos pero no desaparecieron.

En relación con estas cláusulas propias del derecho privado, su análisis debe hacerse desde los principios de transparencia, que regula la actividad contractual, para determinar si eventualmente lo transgreden, o si una adecuada modulación de este fortalece la aplicabilidad de las cláusulas citadas anteriormente.

Para ello debe tenerse en cuenta que la transparencia, como lo señala el Profesor José Luis Benavides en su libro “Contratos Públicos. Estudios.” “La transparencia es enunciada por el Estatuto Contractual como uno de los principios esenciales de la contratación (arts.23 y 24). Ella busca facilitar la gestión correcta, tanto desde el punto de vista del interés general como de la protección de los intereses de los particulares que intervienen en la contratación. Por ello, la transparencia está al servicio del principio constitucional de igualdad (CN, art.13) que, aplicado a la gestión contractual, se traduce, esencialmente, en el deber de dar igual trato a los aspirantes a ser contratistas de la administración.” Como la contratación estatal es fuente lícita de negocios, las entidades públicas deben garantizar que todos los oferentes cuenten con las mismas garantías y como la garantía de los derechos de los particulares que intervienen en la gestión contractual es uno de los fines de la contratación pública (art.3º), se considera entonces que la transparencia se refleja en la eficacia.

Los valores que el legislador protege a través del principio de transparencia son: la publicidad de todas las actuaciones, la oportunidad de controvertir las evaluaciones, el deber de motivación de las decisiones, el contenido mínimo de los pliegos, la neutralidad de la administración y la selección objetiva del contratista.

En cuanto a la fuerza vinculante de los principios es clara en la ley 80 y su función se tiene como parámetro de interpretación de las normas positivas y se acude a ellos para llenar los vacíos del derecho, es decir que cuentan con valor normativo, ha señalado el Consejo de Estado que los principios se someten a desarrollo legal y jurisprudencial, el estatuto de contratación pese a ser considerado un estatuto de principios, no los define, sino que solo los enumera. La razón de ser de los principios es, resolver las colisiones entre bienes jurídicos y para ello debe estarse a los intereses en juego y buscar la armonización en la situación concreta para conciliar los derechos y se consideran genéricamente como mandatos de optimización.

Para tener una adecuada aplicación de los principios, se tiene entonces que conviene hacer un juicio de proporcionalidad, ponderación y razonabilidad lo que de suyo implica hacer un juicio entre los fines y las medidas estatales y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. En la medida en que no hay ciencia sobre su articulación, debe entonces existir prudencia en su ponderación para que exista una verdadera optimización de los principios.

Como lo señala el profesor Benavides, el principio de eficacia tiene como finalidad la armonía entre los intereses públicos, los intereses privados lo que conlleva la existencia de la imparcialidad y la igualdad. Se ha pretendido siempre una actuación contractual dinámica y eficiente de la administración, el proveer efectivamente los bienes y servicios que necesita que se enfrenta a las formalidades y trámites que debe cumplir para garantizar el comportamiento imparcial de la administración y el trato igualitario a los aspirantes para garantizar la preservación de los principios en ocasiones se opone a la eficacia del proceso de contratación en el sentido de lograr el objetivo de selección un buen contratista.

De igual forma durante la ejecución del contrato puede encontrarse dificultad en la ponderación de principios y la regulación de normas propias de cada contrato, en virtud de ello, la entidad debe modular el contenido del contrato para responder a los fines públicos que le dieron origen.

En relación con la ponderación de los principios de eficacia y legalidad, señala José Luis Benavides:

“El legislador de 1993 quiso expresamente recuperar la teoría general del contrato para el contrato público. Pese a la aceptación de principios, fines y situaciones particulares a la contratación pública, el Estatuto de contratación acentúa la base común de todo contrato en los principios aplicables a cualquier negocio jurídico. En este sentido, es significativo el que haya establecido un orden en la normatividad aplicable a los contratos estatales, encabezado por el derecho comercial, seguido del derecho civil y subsidiariamente de las materias regidas particularmente por el Estatuto (art.13). El contexto de régimen privado comportaba así una base para la simplificación de la materia y las herramientas de flexibilidad destinadas a los gerentes públicos que, como hemos visto, constituían una proyección del principio de eficacia. No obstante esta huida del derecho administrativo mostró sus límites y contradicciones por la imposibilidad de aplicación integral y cabal de la lógica privada a los contratos públicos.”¹³²

Entonces la autonomía de la voluntad de las entidades estatales debe atender a los fines públicos y si bien con el principio de eficacia se busca una agilidad, no puede desconocerse el de legalidad que impone unas ciertas cargas de especial cumplimiento en desarrollo de la actividad contractual, razón por la que como se enunció en capítulos anteriores, la autonomía de la voluntad de las entidades públicas se compromete y manifiesta de manera diferente y soporta unas especiales cargas.

Retomando lo señalado por el tratadista Benavides, si el estatuto contractual estableció un orden en la normatividad aplicable a los contratos estatales,

¹³² Benavides. José Luis. Contratos Públicos Estudios. Primera Edición 2014. Universidad Externado.

señalando en primera medida el ordenamiento mercantil, luego el civil y subsidiariamente el estatuto contractual, no debería entenderse la inaplicabilidad de las cláusulas referidas anteriormente, pues son propias del contrato mercantil y civil, su aplicación obedece al principio de eficacia y no contrarían el principio de transparencia. Debe tenerse claro que lo que no se encuentra definido por el legislador, es un espacio de libertad y autonomía concedida a la administración contratante. Así, teniendo en cuenta que la ejecución de los contratos no se encuentra regulada en el estatuto de contratación, pero si en los ordenamientos civil y comercial, deben aplicarse estas normas en cuanto al contenido de las cláusulas que regulan, debe ponderarse entonces que la legislación contractual pública señaló que el contenido de los contratos puede ser las estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de dicha ley y a los de la buena administración, lo que deja entonces márgenes amplios de autonomía. Sin embargo, no se debe olvidar que en la medida en que la autonomía de la voluntad de las entidades públicas se crea dentro del marco del principio de legalidad, se deben cumplir unas ciertas condiciones propias de la actividad administrativa y por ello esa autonomía no es tan discrecional como en el caso de los contratos particulares. Dado que los principios son mandatos de optimización, y que las posturas del Consejo de Estado no han sido absolutas en imponer un criterio de prohibición, siempre debe analizarse en cada caso, si la confrontación que se haga entre la determinada cláusula y uno de los principios que rige la ley 80 de 1993 evidencia la optimización que con esos principios se persigue, entonces no resultará adecuado incorporarla.

De otro lado, en cuanto al **CONTRATO DE ARRENDAMIENTO**, merece la pena analizarse lo relacionado con la prórroga de dicho contrato cuando es celebrado por entidades públicas. Es importante tener en cuenta que el decreto Ley 222 de 1983 en su artículo 157 prohibía expresamente prorrogar los contratos celebrados por entidades públicas cuando sobrepasan el término legalmente establecido de cinco años.

En sentencia proferida por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera (subsección b) consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio al referirse al análisis hecho a un contrato de arrendamiento celebrado por entidad pública señaló:

Así las cosas, en vigencia del Decreto ley 222 de 1983, el contrato de arrendamiento celebrado por unas de las entidades públicas sujetas a su ámbito de aplicación -entre ellas los establecimientos públicos, según el artículo 1 *ibídem*- resultaba ser un contrato de derecho privado de la administración, por oposición a los de derecho administrativo, en el entendido de que no estaba enlistado en el artículo 16 de dicha normativa. En efecto, ha sostenido de antiguo esta Sala que la clasificación de administrativos correspondía a aquellos que taxativamente se relacionaron en el citado artículo 16 y por ende, los que no figuraran en ese listado, entre ellos el de arrendamiento, eran considerados como contratos de derecho privado de la administración, en los cuales podía pactarse la cláusula de caducidad (artículos 17 y 60), excepto cuando se trataba de contratos de compraventa de bienes muebles y de empréstito.¹³³

Es decir que se reconocía la naturaleza privada del contrato de arrendamiento independientemente de que fuera celebrado por una entidad pública.

Así, en las voces del artículo 1973 del Código Civil “[e]l arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa [arrendador], o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado [arrendatario]”.

¹³³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, sentencia de 12 de septiembre de 1996, Expendiente 10494.

El Consejo de Estado ha manifestado entonces que se tienen unos elementos del contrato de arrendamiento como elementos esenciales: la concesión del uso o goce de un bien, el precio que se paga por ese uso o goce y el consentimiento de las partes.

En sentencia de 10 de noviembre de 2005 (Expediente 13.920)¹³⁴, en relación con el contrato de arrendamiento celebrado por entidades estatales en vigencia del decreto 222 de 1983 señaló el Consejo de Estado que:

- a) Se trata de un contrato de derecho privado de la administración.
- b) Admite el pacto de la cláusula exorbitante de caducidad, lo cual se deduce del párrafo del art. 17 y del art. 60 *ibídem*.
- c) En cuanto al régimen jurídico del contrato de arrendamiento, es necesario integrar varias normas. De una parte, el inciso 2 del artículo 16 *edjusem* dispone que los contratos de derecho privado de la administración “...*en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad.*” De otra, según el artículo 80 del mismo estatuto, los contratos que él regula-incluye el arrendamiento-se rigen por ese estatuto; mientras que los demás se rigen por las normas generales o especiales vigentes para los mismos. Y, por último, el artículo 156 *ibídem* dispone que “[p]ara todos los efectos legales la celebración del contrato de arrendamiento por entidades públicas, no constituye acto de comercio.”

Por ello, en vigencia del Decreto 222 de 1983, el contrato de arrendamiento tenía un régimen especial, diferenciado de la materia comercial, dado que sus artículos 80 y 156 son normas especiales que exceptúan el régimen general de este contrato. Es decir, que en materia de arrendamiento de bienes inmuebles, el Código de Comercio no se aplicaba, por expresa previsión del estatuto de contratación vigente hasta el año de 1993.

¹³⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, sentencia de 21 de julio de 2005, Expediente 13920.

Ahora bien, en cuanto al plazo de los contratos de arrendamiento, disponía el artículo 157 del Decreto 222, norma especial que prevalece frente a las normas del derecho privado, que no podrá exceder de cinco (5) años, tratándose de bienes inmuebles¹³⁵, plazo al final del cual, los contratos se deben dar por terminados, en virtud de esta causa legal.

Por lo tanto, es claro que existía en el Decreto ley 222 de 1983 un régimen especial para el contrato de arrendamiento de inmuebles del Estado, independientemente de que tuvieran destinación comercial, el cual excluía la aplicación de las normas del Código de Comercio. Por ello los contratantes estaban impedidos para darle un tratamiento comercial a su relación negocial, tampoco podían convenir un plazo superior al consagrado en la ley y prorrogarlo si se había llegado a ese límite, pues otra interpretación conduciría a permitir que la administración prorrogara indefinidamente este tipo de contratos incurriendo en una nulidad absoluta de los mismos, por violación de una prohibición (artículo 78 letras b. y c. del Decreto Ley 222 de 1983).¹³⁶

En consecuencia, conforme a la tipología que en el Decreto ley 222 de 1983 se estableció, los negocios jurídicos de arrendamiento del *sub lite* son contratos de derecho privado de la administración, con cláusula de caducidad, por cuanto ella se pactó en los mismos (cláusula décima cuarta y décima quinta); y que encontraba su regulación especial en los artículos 80 y 156 a 162 de aquel Estatuto, sin que por ello variara su naturaleza.”

Así las cosas, se evidencia que en vigencia del decreto ley 222 existía una prohibición legal expresa para surtir la prórroga de los contratos cuando estos

¹³⁵ Prescribe a este respecto el artículo 157 que “[e]l término del contrato se pactará expresamente. Cuando se den bienes en arrendamiento dicho término no podrá exceder de dos (2) años para muebles y de cinco (5) para inmuebles, sin que haya lugar a prórrogas...”

¹³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Ver entre otras providencias: auto de 12 de julio de 2001. Expediente 19870; sentencia de 24 de mayo de 2001, Expediente 12247; sentencia de 15 de marzo de 2001. Expediente 13352.

superaran el término de cinco años. Situación que de manera expresa no se encuentra en la ley 80 de 1993.

Ahora bien, en cuanto a la renovación o tácita reconducción de los contratos de arrendamiento señaló el Consejo de Estado en la referida sentencia:

“Artículo 2014. Terminado el arrendamiento por desahucio, o de cualquier otro modo, no se entenderá en caso alguno que la aparente aquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario, es una renovación del contrato. Si llegado el día de la restitución no se renueva expresamente el contrato, tendrá derecho el arrendador para exigir la cuando quiera. Con todo, si la cosa fuere raíz, y el arrendatario, con el beneplácito del arrendador, hubiere pagado la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación, o si ambas partes hubieren manifestado por cualquier hecho, igualmente inequívoco, su intención de perseverar en el arriendo, se entenderá renovado el contrato bajo las mismas condiciones que antes, pero no por más tiempo que el de tres meses en los predios urbanos y el necesario para utilizar las labores principiadas y coger los frutos pendientes en los predios rústicos, sin perjuicio de que a la expiración de este tiempo vuelva a renovarse el arriendo de la misma manera.”

Como puede apreciarse, la denominada figura de la tácita reconducción, se refiere a que luego de terminado el contrato de arrendamiento por cualquier razón -como por cumplimiento del plazo convenido-, el arrendatario continúe usando y gozando de la cosa arrendada con la aquiescencia del arrendador y se presenta: (i) cuando las partes lo acuerden expresamente, pues una vez expirado el plazo del contrato, el arrendador tendrá derecho a exigir la restitución de la cosa cuando quiera; y (ii) tratándose de bienes inmuebles, cuando una vez expirado el contrato, el arrendador conserve la cosa y haya pagado con el beneplácito del arrendador la renta correspondiente a un período posterior, o las partes hayan ejecutado actos de los cuales se desprenda en forma inequívoca su voluntad de continuar con el contrato. La renovación no es una prórroga del contrato, sino que deriva en la

celebración de un nuevo contrato, con las mismas condiciones del anterior, excepto en su duración que será por tres meses, si se trata de un bien urbano o hasta el término necesario para que puedan recogerse los frutos si se trata de uno rústico.

De esa manera, como señala la doctrina¹³⁷, permanecer en el uso y goce de la cosa no quiere significar, por ese hecho de la continuidad, que el contrato se ha renovado y va a producir todos sus efectos por el período siguiente, igual al inicialmente convenido, pues sólo por expresa manifestación o por excepción en los predios urbanos o rústicos se podría presentar en las condiciones expresadas en la citada norma.

Quiere decir lo anterior, que en la medida en que la ley regula un plazo de manera específica, y al ser estas normas especiales, tienen prelación y por ello no puede superarse dicho tiempo.

Advirtió el Consejo de Estado que no se puede dar aplicación del artículo 2014 del Código Civil, para entender que “los contratos de arrendamiento fueron renovados al recibir con beneplácito la Aeronáutica Civil los valores correspondientes a los cánones de arrendamiento durante estos años posteriores al vencimiento de los mismos, dado que las normas del Código Civil sólo resultan aplicables a los contratos de arrendamiento celebrados por la Administración en aquellos aspectos no regulados por el Decreto 222 de 1983.” Es decir que en la medida en que existe una expresa regulación sobre el término de duración del contrato de arrendamiento, no puede pregonarse que por el solo hecho de recibir los cánones se entienda prorrogado el contrato.

¹³⁷ Para que se dé la tácita reconducción se requiere: “a) Que se trate de un bien raíz urbano o rústico; b) Que el arrendatario hubiere pagado y el arrendador aceptado, la renta de cualquier período subsiguiente a la terminación del contrato, o ambas partes hubieren manifestado, por cualquier otro hecho, de manera inequívoca, la intención de perseverar en el contrato; c) Que el arrendatario mantenga el uso o goce de la cosa al momento de la terminación del contrato”. Cfr. BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles. Editorial el Profesional, pág. 304.

Así, como la renovación del contrato de arrendamiento implica uno nuevo, a la luz de los artículos 156¹³⁸ y 157 del citado estatuto contractual, requiere para su existencia de su celebración por escrito en donde conste la manifestación expresa de las partes, lo cual en el caso concreto no ocurrió.¹³⁹ Dicho de otro modo, en la contratación pública en vigencia del Decreto 222 de 1983 y por su carácter solemne, en el que se requiere la formalidad escrituraria para la existencia y nacimiento de los contratos de arrendamiento, no es posible la configuración de la renovación o tácita reconducción de estos negocios jurídicos de que trata el artículo 2014 del Código Civil.

Señala el Consejo de Estado que en efecto, el estatuto civil en el artículo 2008, prevé que el contrato de arrendamiento termina por la expiración del plazo estipulado para el arrendamiento¹⁴⁰. A su vez, el artículo 2005¹⁴¹ establece la obligación del arrendatario de restituir la cosa arrendada al finalizar el contrato de arrendamiento. Por consiguiente, al producirse la terminación del contrato de arrendamiento, por vencimiento del plazo, se hace exigible la obligación del arrendatario de restituir o devolver el bien objeto del arrendamiento y la del arrendador de recibirlo.

Es decir, como lo ha señalado la jurisprudencia¹⁴², "...aunque estas obligaciones existen desde la suscripción misma del contrato, el cual constituye su fuente, su

¹³⁸ "Artículo 156. De la forma de celebración. El contrato de arrendamiento de inmuebles podrá celebrarse directamente. El de muebles requerirá licitación pública si su valor es superior a trescientos mil pesos (\$300.000.00). Para estos efectos se tendrá como valor el previsto en el artículo 159. Siempre constará por escrito. Para todos los efectos legales la celebración del contrato de arrendamiento por entidades públicas, no constituye acto de comercio. (Se subraya).

¹³⁹ "Cuando una entidad de derecho público celebra un contrato de arrendamiento, actúa en el campo del derecho privado y le son aplicables por lo mismo las disposiciones del C.C. Pero ciertas leyes, como el Código Fiscal de la Nación, el Código Político y Municipal y el decreto – ley 222 de 1983 contienen normas especiales en materia de arrendamiento de bienes de las entidades de derecho público, disposiciones que es necesario observar so pena de nulidad del contrato, o de que éste no se dé por celebrado..." GÓMEZ ESTRADA, CESAR, De los Principales Contratos Civiles, Ed. Temis, Tercera Edición. 1996, pág. 191.

¹⁴⁰ "Artículo 2008. El arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos y, especialmente:“(..)” 2º) Por la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo;

¹⁴¹ "Artículo 2005. El arrendatario está obligado a restituir la cosa al fin del arrendamiento."

cumplimiento se difiere en el tiempo hasta que sobrevenga la terminación de la relación contractual, ocurrido lo cual dichas obligaciones de restitución y recibo se hacen exigibles y deben ser cumplidas”; pero “el no cumplimiento de la obligación de restitución del bien arrendado por parte de arrendatario, al término del contrato, en manera alguna puede tener el efecto jurídico de extender el vínculo contractual indefinidamente, hasta el momento en que se dé el cumplimiento de la obligación de restitución, puesto que tal vínculo se extingue así subsistan algunas de las obligaciones que se originaron en él, tal como ya quedó indicado.”

De lo extraído de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, se evidencia de manera clara que los contrato de arrendamiento celebrados en vigencia del decreto ley 222 de 193 no se regían, en cuanto a la prórroga o renovación por lo señalado en el ordenamiento ordinario, sino que se regían por lo regulado en el mismo 222 de 1983, en virtud de lo anterior, se concluye que en cuanto al plazo de los contratos de arrendamiento señalaba el artículo 157 del Decreto ley 222 de 1983, norma especial que desplaza las normas del derecho privado, que no podrá exceder de cinco (5) años tratándose de bienes inmuebles, de manera que está disponiendo este precepto que, al final de este plazo, los contratos se deben dar por terminados, por esta particular causal de naturaleza legal.

En relación con una de las características del contrato de arrendamiento, atinente a su consensualidad, esta no aplica a los celebrados por entidades públicas, pues se requiere la solemnidad, así lo ha dicho el Consejo de Estado:

“...se expidió la Ley 80, Estatuto de la Contratación Estatal, cuyo propósito no fue otro distinto que el de unificar el régimen de contratación de las entidades estatales en un mismo cuerpo normativo y no obstante a su vez prever que aun cuando para

¹⁴² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, sentencia de 8 de marzo de 2007, Expendiente15883.

determinadas entidades, que ella misma se encargó de enunciar, atendiendo su naturaleza y las funciones asignadas a su cargo por el ordenamiento jurídico, no le serían aplicables sus disposiciones, lo cierto es que consagró diversas reglas y principios que irradiarían la actividad del Estado, los cuales sin duda resultan de obligatoria observancia para todas las entidades públicas que forman parte de su estructura, independientemente de que el régimen de contratación de algunas de ellas lo constituyan las normas del derecho privado. (Sección Tercera del Consejo de Estado, 11 de agosto de 2010, Exp.18636.)

De la lectura de la citada sentencia, se concluye que los aspectos no regulados por el estatuto contractual se regirán por las disposiciones civiles y comerciales que regulen el contrato, por ello, en la medida en que el perfeccionamiento y celebración de los contratos estatales es expresamente señalado por la ley 80 se debe aplicar esto como regla y aún cuando existe la incorporación del derecho privado al régimen de la contratación estatal, esta integración se debe atemperar a los fines y principios del estatuto de contratación. La solemnidad del escrito en los contratos estatales será siempre aplicable a cualquier contrato que celebren las entidades públicas, y en cuanto a las demás cláusulas se regirán por lo que de ellas establezca y regule el ordenamiento correspondiente por cuanto así lo dispone el estatuto contractual.

Resulta importante señalar que el código de comercio no regula expresamente el arrendamiento comercial y por tanto el contrato de arrendamiento se rige entonces por disposiciones civiles, algunas disposiciones propias del código de comercio en cuanto al contrato de arrendamiento son las que regulan lo relacionado con el contrato de arrendamiento de naves y lo que se relaciona con el hospedaje, pese a ello, en la presente investigación se aborda lo relacionado con el arrendamiento de locales comerciales por ser ésta una modalidad de arrendamiento común celebrada por las entidades públicas y resulta conveniente abordar su estudio porque es innegable que quien ha acreditado un establecimiento de comercio y ha

creado en torno a él una clientela que se capta más por el local que por cualquier otro factor, cuenta entonces con un elemento inmaterial de gran valía para el crecimiento y la productividad empresarial, de ahí que goce de especial protección, pues sin desconocer el derecho de propiedad del arrendador, lo que se protege es ese elemento que fue creado por el arrendatario y que le trae unos ciertos beneficios económicos, y resulta fundamental proteger el desarrollo de la empresa, razón por la cual se debe reconocer a favor de quien posiciona una buena productividad el valor que le representó esta circunstancia para que así de un momento a otro no se vea privado de la concreción de sus esfuerzos. Por lo dicho anteriormente se puede señalar entonces que el arrendamiento de local comercial no es un contrato autónomo e independiente sino que se asocia a la propiedad comercial y pretende regular uno de los elementos que conforma el establecimiento mercantil.

En relación con el establecimiento de comercio es importante determinar si el inmueble en el que funciona hace o no parte del establecimiento de comercio, en legislaciones como Alemania e Italia se tiene que sí hace parte, en legislaciones como la francesa, no hace parte, y resulta importante determinar ello por cuanto esta circunstancia adquiere importancia cuando quien vende el establecimiento es propietario del inmueble pues se debe entender que la venta del establecimiento incluye el inmueble o las partes pueden convenir lo contrario.

En la práctica contractual resulta de vital importancia analizar la cláusula de renovación y prórroga del contrato de arrendamiento, en aras de determinar si ésta aplica en los contratos de arrendamiento celebrado por las entidades públicas, para ello conviene analizar un supuesto cual es: si una entidad pública arrienda un local comercial y el comerciante posiciona en él un establecimiento de comercio, ¿tiene derecho a la prórroga y a la renovación del mismo? Si eventualmente ese comerciante vende el establecimiento de comercio el adquirente del mismo, ¿tiene derecho a continuar con el contrato de arrendamiento? El derecho francés ha denominado esto como “ley sobre protección de la propiedad comercial” entendida como el derecho concedido al

comerciante arrendatario de un inmueble de obtener la renovación de su contrato de arrendamiento cuando éste llegue a su vencimiento y en su defecto una indemnización que lo compense por los perjuicios sufridos por la privación del local que tenía destinado a la explotación del establecimiento de comercio, se entiende este como un derecho personal.

Por su parte en Colombia el Código de Comercio regula lo relacionado con la “propiedad comercial” en los artículos 518 a 524 teniendo como una restricción a los derechos del arrendador en beneficio del arrendatario que ha construido una actividad empresarial con ayuda del inmueble arrendado.

En relación con lo anterior, la doctrina señala ¹⁴³ que el legislador consciente de que el comerciante a través de su ejercicio profesional diariamente crea una nueva riqueza, fructífera para el desarrollo del país, al reglamentar lo concerniente a los establecimientos establece una posición protectora que regula las relaciones entre los propietarios de los locales y sus arrendatarios.

Así, esas disposiciones a las que se les dio el rango de orden público por cuanto se excluyó la composición de las partes, sin dejar de lado la tutela del derecho de dominio, apoyados en los principios del abuso del derecho y del enriquecimiento permiten reconocer una serie de intangibles que enriquecen el patrimonio, debido no al esfuerzo del propietario sino a la gestión personal, particular y profesional del empresario, quien con su espíritu emprendedor, su capacidad de trabajo, su talento comercial consigue clientela, fama o buen nombre y, en todo caso, forma su aviamiento.

Sin duda alguna existen fenómenos como la clientela forzada, y permanente, en la que con ocasión de la ubicación del local se genera. Ejemplo típico de ello se ve con las cafeterías o restaurantes de transporte aéreo o terrestre.

¹⁴³ SAENZ. Luz Amanda, Cabrera Manuel y Leal Hildebrando. El contrato de arrendamiento y el Proceso de Restitución del inmueble. Decima Tercera Edición. Editorial Leyer. 2011.

Señala la referida doctrinante que el el proteccionismo referido lo definen las siguientes instituciones:

- a. El derecho de renovación, consagrado por el artículo 518 del Código a favor del empresario-arrendatario que haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio.
- b. El desahucio, que reglamenta el artículo 520, para cuando no cobra vigencia el derecho de renovación, por obrar a favor del propietario, una de las causas legales de terminación del contrato de arrendamiento, establecido por los ordinales 2º y 3º del artículo 518.
- c. El derecho de preferencia del arrendatario, sobre los locales separados, reconstruidos o de nueva edificación (art.521)
- d. La obligación indemnizadora del propietario de los perjuicios ocasionados al arrendatario, cuando injustificadamente desconoció el derecho de renovación o el de preferencia señalado por los artículos 518 y 521 de la obra que se comenta.
- e. El derecho de subarriendo, reglamentado por el artículo 523.
- f. El derecho de cesión, cuya regulación establece la norma anteriormente citada.
- g. El carácter público de las normas que estatuyen la protección, definido por el artículo 524, cuando desconoce la eficacia de las estipulaciones de las partes que contrarían las previsiones de los artículos 518 a 523, inclusive.”

Así las cosas es necesario entonces determinar si estas prerrogativas también tienen aplicación en los contratos estatales, pues cuando el mismo estatuto contractual señala que dichos contratos se regulan por las disposiciones civiles y comerciales, se debe entender que debe existir una modulación de los principios en relación con la aplicabilidad de las cláusulas.

Teniendo en cuenta que el ordenamiento mercantil no entregó una normatividad particular referida al contrato de arrendamiento de locales comerciales sino que fijó unos parámetros al mismo para involucrarlo dentro del concepto de la

propiedad comercial, se debe entonces entender que las disposiciones del código civil se aplica a este contrato en los aspectos que no regule el código de comercio, lo que significa que lo relacionado con la renovación, desahucio, derecho de preferencia en locales reparados o reconstruidos o nuevos, el subarriendo y la cesión se regulan por disposiciones comerciales y los demás aspectos del contrato de arrendamiento, se regulan por las disposiciones del código civil.

En este tipo de eventualidades, las entidades públicas deben analizar la protección de que debe gozar el comerciante pues si bien se señala que la prórroga o renovación no deben generar perpetuidad del contrato estatal, y teniendo en cuenta que el actual ordenamiento estatal (ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, decreto 1082 de 2015) no prohíben expresamente que los contratos se renueven o prorroguen, pero la jurisprudencia si ha tenido pronunciamientos al respecto, deben tener en cuenta esto las entidades públicas, pero sin desconocer los derechos que se generan para los arrendatarios, que en virtud del ordenamiento privado así se tienen.

De igual forma se debe tener en cuenta que las leyes civiles y comerciales solo se aplicarán de manera supletiva cuando el estatuto contractual no regule nada sobre el tema, y en este sentido cuando dicho estatuto señala que los contratos estatales (es decir los entendidos con el criterio orgánico) no pueden adicionarse en más del 50% de su valor inicial, se constituye ésta en una limitante propia de los contratos estatales, lo que puede llevar a pensar que de esta forma no podrían prorrogarse los contratos de arrendamiento en más de ese valor, sin que ello incluya el concepto de renovación, toda vez que ya no se trataría del mismo contrato.

Veamos entonces lo enunciado:

1. Derecho a la renovación del contrato de arrendamiento: el artículo 518 Código de Comercio consagra el derecho de renovación del contrato de arrendamiento de local comercial. La renovación es el principal derecho concedido al arrendatario por la ley mercantil. Según la RAE renovar es: “Hacer como de

nuevo algo, o volverlo a su primer estado, Restablecer o reanudar una relación u otra cosa que se había interrumpido, Remudar, poner de nuevo o reemplazar algo”. En derecho mercantil en cuanto a arrendamientos comerciales la renovación es una variación del contrato, respecto de las condiciones de plazo y precio, las cuales bien puedan ser iguales o distintas a las del primer contrato según la voluntad de las partes. Así la renovación da derecho al arrendatario para continuar ocupando el local comercial, es decir el inmueble donde se encuentra localizado el establecimiento de comercio pero no a que su uso continúe en las mismas condiciones pactadas en un comienzo.

El artículo 518 del Código de Comercio señala que el empresario tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo, es entonces la prerrogativa dada al arrendatario para continuar utilizando el mismo inmueble, por cuanto ha acreditado una clientela y tiene un posicionamiento, lo que no acarrea que tengan que respetarse o mantenerse estáticas la totalidad de las condiciones inicialmente pactadas, lo que se busca es otorgar una estabilidad al establecimiento de comercio para promover la empresa y los valores intrínsecos y humanos del mismo.

1. Renovación y Prórroga: No puede confundirse el término Renovación con el de prórroga, la prórroga implica la continuación del contrato de arrendamiento en las condiciones inicialmente pactadas **mientras que la renovación se constituye como una variación del contrato en condiciones de plazo y precio que pueden ser iguales o diferentes a las estipuladas en el contrato originario. En la renovación se trata de un nuevo contrato, en la prórroga es el mismo el que regirá las relaciones de los contratantes por mandato de la ley.** Por ello sería válido decir entonces que la limitación traída por la ley 80 de 1993 en cuanto al límite del 50% podría predicarse de la prórroga más no de la renovación del contrato.

La renovación se da cuando el arrendador al vencimiento del plazo no ha solicitado la entrega del inmueble siempre que el arrendatario haya permanecido

en él por lo menos dos años consecutivos, la solicitud que puede hacer el arrendador, opera para cuando requiera el inmueble para su propia habitación, para un establecimiento suyo de objeto sustancialmente distinto al del arrendatario, o cuando vaya a realizar una reconstrucción o una reparación que no se pueda hacer sin la entrega.

Cuando venza el plazo pactado las partes pueden acordar los términos de renovación bien manifestando su voluntad en este sentido o no manifestando una situación distinta, por cuanto el silencio permite suponer la continuidad del arrendatario. Por su parte la prórroga conlleva la continuidad en el goce de la cosa en las mismas condiciones contractuales iniciales y se presenta cuando el arrendador repentinamente pretende ponerle fin al contrato de locación sin atender el preaviso de 6 meses que debe darle al arrendatario. En ese contexto puede entenderse como una sanción al arrendador por pretender sorprender al arrendatario con la restitución del inmueble.

2. En cuanto a la Renovación y tácita reconducción: no debe confundirse la renovación con la tácita reconducción o renovación tácita figura regulada por el artículo 2014 del código civil toda vez que ésta implica la continuación del contrato de arrendamiento en las mismas condiciones de antes.

La renovación tácita en este caso constituye un nuevo contrato de arrendamiento, pero, sujeto a los mismos términos del anterior, salvo en cuanto al plazo de duración, que en el nuevo contrato no puede exceder de tres meses, si se trata de predios urbanos, ni del necesario para recoger los frutos pendientes y aprovechar las labores principales, si se trata de predios rústicos, sin perjuicio de que a la expiración de ese plazo vuelva a producirse una nueva renovación, si es que se reúnen las condiciones que la renovación tácita supone.

Las condiciones requeridas para que se admita la renovación tácita son las siguientes: 1. Que se trate de arrendamiento de un bien raíz, 2. Que, con el beneplácito del arrendador, el arrendatario haya pagado la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación, o que ambas partes hayan puesto de manifiesto, por cualquier hecho inequívoco su intención de perseverar

en el arriendo, 3. Que el arrendatario conserve el inmueble en su poder, sirviéndose de él.

Como uno de los presupuestos de hecho del fenómeno de la tácita reconducción es que el contrato de arrendamiento haya terminado por cualquier causa, de ello no más debe colegirse que tal fenómeno no consiste en una simple prórroga o prolongación de la relación de arrendamiento que venía vinculando a las partes. Si esta relación quedó extinguida definitivamente, no se ve cómo un acontecimiento posterior pueda alterar el orden natural de las cosas hasta hacer que renazca lo ya fenecido, y que se prorrogue o prolongue lo que dejó de ser. Por eso conviene hacer énfasis en que la renovación tácita del contrato de arrendamiento no implica que el contrato anterior sobreviva, que su efecto consista en una prórroga o prolongación del mismo. No. La renovación tácita genera un nuevo contrato de arrendamiento, distinto jurídicamente del precedente.

Otra cosa es que arrendador y arrendatario, al celebrar el contrato, pacten de una vez y por anticipado la circunstancia en que éste habrá de continuar ejecutándose entre ellos, a pesar de la ocurrencia de causas que darían lugar a su terminación, como la expiración del plazo acordado, para su duración. Es muy común que las partes convengan, verbigracia, en que si dentro del último mes del plazo estipulado para la duración del contrato ninguna de ellas manifiesta su voluntad en contrario, el arriendo se tenga por prorrogado por un periodo igual al inicial. Cuando así sucede, y la cláusula aludida opera, evidentemente no se tratará de nuevo contrato, sino de una prórroga o prolongación del primitivo. Efectivamente, en evento como el indicado, el contrato primitivo aún no ha terminado, no obstante realizarse la circunstancia extintiva que precisamente determina su prórroga, fuera de que ésta prórroga no viene a ser en realidad sino un efecto querido por las partes desde la celebración misma del contrato prorrogado.

Lo mismo ha de expresarse de la hipótesis en que las partes, ante la perspectiva de que el contrato va a terminar, conviene expresamente en que esto no ocurra y por lo mismo en que el contrato continúe desarrollándose entre ellas. En tal caso se tratará simplemente de una modificación del contrato de arrendamiento, y en

modo alguno podrá hablarse de un nuevo contrato, sino apenas de una prórroga del vigente.

Así se concluye que en la renovación no subsisten las condiciones originarias del contrato, el plazo de la nueva duración en la renovación no se limita a tres meses, y la renovación opera aún contra la voluntad del arrendador.

En cuanto a los requisitos para que opere el derecho a la renovación del contrato, se tienen los siguientes:

- a. Que el inmueble se haya ocupado a título de arrendamiento del establecimiento de comercio, es decir que opera en el contrato de arrendamiento y que la destinación que se le va a dar al inmueble sea comercial, es decir que en ese inmueble funcione un establecimiento mercantil
- b. Que el local haya sido ocupado por el empresario por un término no menor a dos años consecutivos.
- c. Que el local haya sido ocupado con un mismo negocio o establecimiento de comercio
- d. Que no se presente alguna casual de las que impida la renovación del contrato tales como: incumplimiento del contrato por parte del arrendatario, la necesidad del inmueble por parte del arrendador para ser usado para su habitación o para un establecimiento de comercio distinto al del arrendatario, la reconstrucción o mantenimiento del inmueble. Si se presenta el incumplimiento por parte del arrendatario o se requiere hacer reparaciones, operará la renovación si no se ha informado al arrendatario la decisión de no renovar con una antelación de seis meses, ello por cuanto la ley exige el desahucio cuando operan esas causales.

Ahora, en cuanto a las causales que impiden que opere la renovación del contrato, se establecen las siguientes:

- 1. incumplimiento del contrato, que sea un incumplimiento grave, de tal envergadura que altere los derechos del arrendador, así por ejemplo si se

hace un mal uso del inmueble, el arrendatario no tendrá el derecho a la renovación tácita, si fuera un simple retraso en pagos o en arreglos, no se consideran tan graves como para menoscabar los derechos del arrendador.

En cuanto al procedimiento para impedir la renovación del contrato se habla del desahucio que tiene dos funciones, primero la decisión de no renovar el contrato y servir de instrumento para constituir en mora al arrendatario de entregar el inmueble. Igualmente, por analogía del código civil cuando exista mora en el pago, también se hace necesario surtir el desahucio al arrendatario.

Por último en cuanto a las obligaciones del arrendador se tiene que una vez haga uso del desahucio debe realizar las obras que señaló porque si no, debe indemnizar al arrendatario. Además surgen dos obligaciones: 1. La prohibición de arrendar, y la obligación de preferir al arrendatario en el arrendamiento de los locales reconstruidos o reparados, al tenor de lo dispuesto en los artículos 521 y 522 del Código de Comercio, estas obligaciones deben ser cumplidas dentro de los tres meses siguientes a la fecha de entrega del inmueble, la de ocupación en ese tiempo y que las obras se inicien en ese lapso no que estén terminadas.

8.2.5. En cuanto al derecho de preferencia en el contrato de arrendamiento.

Es otro de los aspectos regulados por el código de comercio en el contrato de arrendamiento de locales comerciales, señala el artículo 521: “El arrendatario tendrá derecho a que se le prefiera, en igualdad de circunstancias, a cualquier otra persona en el arrendamiento de los locales reparados, reconstruidos o de nueva edificación, sin obligación de pagar primas o valores especiales, distintos del canon de arrendamiento, que se fijará por peritos en caso de desacuerdo.

Parágrafo.- Para los efectos de este artículo, el propietario deberá informar al comerciante, por lo menos con sesenta días de anticipación, la fecha en que pueda entregar los locales, y este deberá dar aviso a aquél, con no menos de

treinta días de anterioridad a dicha fecha, si ejercita o no el derecho de preferencia para el arrendamiento.

Si los locales reconstruidos o de la nueva edificación son en número menor que los anteriores, los arrendatarios más antiguos que ejerciten el derecho de preferencia excluirán a los demás en orden de antigüedad.”

En consecuencia el arrendatario tendrá derecho a que se le prefiera, en igualdad de circunstancias, a cualquier otra persona en el arrendamiento de los locales reparados, reconstruidos o de nueva edificación, sin obligación de pagar primas o valores especiales distintos del canon de arrendamiento, para ello el arrendador debe informar al comerciante con 60 días de antelación, la fecha en que puede entregar los locales, y el arrendatario debe dar aviso de si hace uso o no de ese derecho de preferencia dentro de los 30 días anteriores a la fecha de entrega.

Ese derecho de preferencia reconoce a favor del arrendatario la posibilidad de celebrar un nuevo contrato de arrendamiento, y se requiere que el arrendatario debe situar su oferta en igualdad de condiciones a las de cualquier otra persona interesada en el arrendamiento, porque no se trata de mantener el contrato anterior sino de celebrar uno nuevo, y se respetan arrendatarios más antiguos.

Podría pensarse que no debería entonces existir el límite de adición de los contratos en el 50% por cuanto en virtud del principio de eficacia lo que importaría sería cumplir la realización final del objeto del contrato, así como se permite adicionar en más del 50% el valor de los contratos cuando se han celebrado a precios unitarios.

En relación con el tema de las renovaciones, prórrogas y preferencias vale la pena recordar lo citado por el Consejo de Estado que ha señalado en cuanto a prórrogas y renovaciones: La conclusión expuesta en el numeral anterior, queda ratificada si se revisa la naturaleza y efectos que tienen las prórrogas en los contratos estatales, especialmente en cuanto a la imposibilidad de pactar

prórrogas automáticas que obliguen a su concesión y que impidan a la Administración evaluar en cada caso su conveniencia y oportunidad.

El Decreto Ley 222 de 1983 consagraba en el artículo 58 la prohibición de prórrogas automáticas en cualquier tipo de contrato. Señalaba la norma: “En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas”.

Con la expedición de la ley 80 de 1993, se derogó tal disposición. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en que a partir de los principios aplicables a la contratación, tales cláusulas no pueden pactarse, salvo estipulación legal en contrario, puesto que con ellas se pueden vulnerar postulados constitucionales, como la transparencia y el derecho de todos los ciudadanos a poder contratar en condiciones de igualdad con el Estado. Así por ejemplo, la Ley 1150 de 2007, hacen (sic) referencia a las prórrogas en los contratos de telecomunicaciones, televisión y obra pública, pero reiterando la prohibición de pactarlas de manera automática: (...) La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la inviabilidad de pactar una cláusula de prórroga automática en el contrato estatal. La Sección Tercera de esta Corporación señaló en sentencia del 4 de diciembre de 2006, lo siguiente¹⁴⁴

¹⁴⁴ “Oportuno resulta señalar que la mencionada prohibición legal, encaminada a evitar que las partes de los contratos de derecho público pudieran convenir estipulaciones para evitar que sus contratos terminen y lograr así perpetuarlos en el tiempo, encuentra claro y evidente fundamento tanto en el principio democrático de libre concurrencia, como en los principios generales de igualdad, de imparcialidad, de prevalencia del interés general y de transparencia, entre otros, con arreglo a los cuales debe adelantarse toda actuación de índole contractual, en virtud de los cuales se debe permitir y garantizar, a toda persona que cumpla los requisitos establecidos para el efecto en las normas vigentes, la posibilidad cierta, efectiva y real de poder presentar sus ofertas ante las entidades públicas por manera que, en cuanto dichas propuestas consulten adecuadamente el interés general que esas entidades están en el deber de satisfacer y objetivamente sean las más favorables, también podrán acceder a la contratación correspondiente. (...) La Sala considera propicia la

Con base en lo anterior, Colombia Compra eficiente señaló como Regla que una entidad pública no puede establecer en un contrato la prórroga automática del mismo, debido a que, a pesar de no existir una prohibición legal expresa, esta práctica contraría los principios de la contratación pública, al no permitir que los ciudadanos participen en igualdad de condiciones del proceso contractual y favorecer a una persona en particular.

Debe entonces analizarse en cada caso si al pactar dicha prórroga o al proteger los derechos de los comerciantes los principios que rigen la contratación estatal

oportunidad para puntualizar que los aludidos principios generales de libre competencia, igualdad, imparcialidad, prevalencia del interés general y transparencia, con arreglo a los cuales, entre otros, deben adelantarse y cumplirse todas las actuaciones contractuales de las entidades estatales –algunos de los cuales, incluso, se encuentran consignados positivamente en normas constitucionales o legales vigentes (artículos 1, 2, 13, 209 C.P. — 24 y 25 Ley 80)-, son principios que corresponden al diseño de democracia participativa (artículo 2, C.P.), que la Carta Política adoptó para nuestro Estado Social y de Derecho (artículo 1 C.P.), por lo cual mantienen vigencia en la actualidad.

Así pues, aunque ya hubiere sido derogado el referido artículo 58 del Decreto-ley 222 de 1983, del contenido y alcance de los principios generales se desprende que, sin perjuicio de las particularidades que resulten del examen de cada caso concreto así como de la normatividad que debe aplicarse a cada asunto, por regla general en los contratos estatales sólo pueden estipularse válidamente prórrogas automáticas o cláusulas de exclusividad a favor de los particulares de manera excepcional, cuando para ello se cuente con expresa autorización legal, puesto que de lo contrario tales estipulaciones podrían resultar violatorias de la Constitución y de los principios que de ella emanan, así como también podrían resultar contrarias a los principios y finalidades de la Ley 80 y a los de la buena administración, todos los cuales constituyen límites expresamente señalados en el artículo 40 de la Ley 80, norma que se ocupa de regular el contenido de las cláusulas o estipulaciones que pueden incluirse en los contratos estatales.(...) De lo expuesto se puede concluir que las prórrogas automáticas no pueden pactarse en ningún contrato estatal. También, que las cláusulas de prórroga de los contratos estatales no confieren un derecho automático a un mayor plazo, sino que contienen solamente la posibilidad de que al terminarse el plazo inicial, las partes acuerden su continuación dentro de los límites que imponga la ley al momento de prorrogar. Si se entendiera que plazo inicial y prórroga se integran en uno sólo, no habría necesidad de distinguir ambas figuras. (...)»

limitan tal ejercicio, para que así se puedan ponderar y aplicar al caso concreto, o si por el contrario se da prevalencia a lo señalado por la normatividad privada.

9. CONCLUSIONES

Tal como quedó planteado desde la introducción, a lo largo del trabajo se analizan las implicaciones jurídicas de la regulación pública y de la aplicación de las normas de derecho privado que convergen en los contratos de compraventa y arrendamiento celebrados por las entidades estatales en el marco de regulación de la Ley 80 de 1993, de la Ley 1150 de 2007, decreto 1082 de 2015 y del decreto Ley 019 de 2012, resaltando algunos aspectos sobresalientes del proyecto de reforma de la ley 80 de 1993, con el propósito de establecer si la adaptación del derecho administrativo a las nuevas formas de contratación mundial en procura de más transparencia, mayor apertura y agilidad en la actividad pública, se materializa cuando se diferencian los contratos públicos y los contratos privados de la administración pública, o si por el contrario una adecuada interpretación y armonización de las instituciones de derecho público y privado en cuanto a la formación y ejecución de los contratos estatales, conduce a que la actividad contractual del Estado cumpla tales estándares de transparencia, apertura y agilidad. Así mismo se estudió la viabilidad jurídica y la conveniencia de la aplicación de la tesis de privatización del derecho público, y su incidencia en la formación, perfeccionamiento y ejecución de los contratos de compraventa y arrendamiento que cumplan con los mencionados estándares.

La extensión misma del trabajo y la variedad de asuntos y de puntos de vista involucrados en el análisis señalan que se trata de un tema complejo, con múltiples aristas, consecuencias e intereses en juego. En primer lugar, como se observó en el primer capítulo, tanto los servidores públicos como quienes participan en la gestión contractual deben observar postulados y reglamentaciones específicas, derivados de principios constitucionales que anteponen los intereses generales de la sociedad a los intereses particulares, tema éste que se fortalece en el proyecto de reforma de la ley 80 de 1993 pues se señala que en la compra pública deben considerarse tanto la autonomía de la voluntad como el interés público. También se pudo establecer que, a diferencia de un contrato acordado

entre particulares, en el caso de los contratos estatales deben incluirse cláusulas que doten al Estado de los elementos jurídicos suficientes para poder cumplir adecuadamente su rol, advirtiéndole que ello no puede servir de excusa para que se desconozcan los derechos de los particulares con los cuales contrate con ese propósito. Este tema en especial tiene una modificación en el proyecto de reforma del estatuto de contratación pues ya no se habla de cláusulas excepcionales ni exorbitantes sino de facultades especiales y se determinan para unos especiales contratos, lo anterior para equiparar los derechos y obligaciones de las partes cuando están en condiciones de igualdad, aspecto que fortalece la reforma y que es propio de las normas de derecho privado. Es decir que las estipulaciones en los contratos al tenor de lo establecido en la ley 80 de 1993 proceden en virtud del reconocimiento de la autonomía de la voluntad, pero que la autonomía de la voluntad de las entidades estatales se comprende y se compromete de manera distinta a la de los particulares porque el proceso de formación de la voluntad del Estado no es igual que el del contrato privado, toda vez que ésta soporta el principio de legalidad, la prevalencia del interés general, el compromiso de recursos públicos y los principios entendidos como mandatos de optimización. Se dejó claro que las cláusulas excepcionales no son las que identifican un contrato estatal, y que su incorporación requiere habilitación legal, así, de conformidad con lo señalado en el estatuto contractual están prohibidas en los contratos de arrendamiento, y no cuentan con habilitación legal para los de compraventa.

Pudo verse además que los contratos estatales se rigen por las mismas reglas de interpretación previstas en el Código Civil, como quiera que no existe norma expresa que fije una indicación contraria, posición que ha sido reconocida por el Consejo de Estado, como juez máximo de lo contencioso administrativo. Esta situación reitera la dualidad que existe entre el régimen privado y el régimen público respecto de este tipo de contratos dejando claro que la autonomía de la voluntad no puede regular aquello que pertenece a la esfera del derecho público en razón al interés colectivo y de igual manera, se explica que la ley 80 de 1993 acepta la existencia de un mínimo de derecho público común a los contratos estatales que se justifica por la presencia del interés general, siempre bajo un

régimen mixto y por ello la referida ley señala el mínimo de derecho público común a los contratos estatales y permite la aplicación del derecho privado para flexibilizar la contratación, tal como lo reconoce también el proyecto de reforma y para no ser un estatuto de tendencia reguladora. En el trabajo también se observó que la legislación colombiana relacionada con la contratación estatal le reconoce mayor importancia a la autonomía de la voluntad de la que se le reconoce en otros países, al mismo tiempo que restringe ciertas opciones contractuales propias de los contratos entre particulares. De igual forma se pudo verificar que por las nuevas tendencias del derecho público se ha pretendido que el Estado deje de ser el centro de todo y se convierta en parte, reevaluando así las actuaciones del mismo y su interacción con los particulares y esto se ve fortalecido en el proyecto de reforma de la ley 80 de 1993 al señalar que las actuaciones de los procesos de compra pública no serán función administrativa por regla general sino de manera excepcional.

Una de las diferencias más notorias entre los contratos estatales y los contratos entre particulares es la exigencia de que los primeros deben caracterizarse por su perfeccionamiento y su formalidad, lo cual no es requisito indispensable en los segundos para que tengan plena validez legal. Lo anterior por cuanto los aspectos regulados por el estatuto contractual, en virtud del principio de legalidad, deben cumplirse a cabalidad, por ello lo relacionado con la competencia, la formación de la voluntad (reglada), la forma del contrato y sus requisitos de ejecución siempre deben atender a los postulados del estatuto de contratación y la autonomía de la voluntad en estos aspectos no puede ser libre como en el caso de los particulares sino reglada. En cuanto al proceso de interpretación de las normas y reglas contractuales de los contratos de compraventa y arrendamiento realizados por la administración, se pudo precisar que el mismo empieza por el sentido gramatical, sigue con el criterio histórico, el sentido semántico, el criterio sistemático, el criterio teleológico y por último otros criterios teleológicos, cuando alguno de los precedentes no ha sido suficiente para definir la interpretación aplicable.

Al analizar las implicaciones de la aplicación de las instituciones de derecho privado y su incidencia en los contratos compraventa y arrendamiento celebrados por la administración, se encontró que en tales contratos existen cláusulas que dependen de la clasificación del contrato para establecer en qué grado las cláusulas contempladas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública hacen parte integral de su clausulado de manera obligatoria o supletoria, y en otros casos cuales están prohibidas, además de que la administración tiene la potestad legal de convenir cláusulas excepcionales al derecho común, denominadas cláusulas o potestades unilaterales o exorbitantes, las cuales permiten efectuar la interpretación, modificación o terminación unilateral del contrato pero para ello se requiere de habilitación legal.

De igual forma se pudo establecer que no es absoluta la facultad de incorporar algunos pactos de los permitidos en los contratos de compraventa y arrendamiento regidos por el derecho privado, pues en la medida en que los contratos estatales son instrumentos propios para la satisfacción de los intereses de la comunidad y lograr el cumplimiento de los fines del Estado y la misión de las entidades estatales, esta actuación se debe regir tanto por los principios constitucionales como los regulados en la ley 80 de 1993, y por tanto debe modularse la aplicación de estos principios con la autonomía de la voluntad de los contratantes para así lograr ponderar la prevalencia del interés general sobre dicha autonomía y determinar que el límite impuesto por los principios no atenta contra la libertad contractual sino que la enmarca dentro de los postulados que rigen el ejercicio de la función pública y de igual forma establecer que no porque a un contrato estatal se le apliquen normas de derecho privado este sea de derecho privado e igual a los que celebran los particulares.

Al estudiar la posibilidad de pactar la renovación o prórroga de los contratos de arrendamiento suscritos por entidades públicas, se pudo observar la tensión que existe entre esta cláusula y el principio de transparencia, pluralidad de oferentes, libre concurrencia y determinar que en el anterior régimen de la contratación estatal (decreto-ley 222 de 1983) estaba prohibida dicha prórroga y que en la ley

80 de 1993 no se señaló nada en particular, pero que el principio de transparencia limita el ejercicio de esta potestad tal como lo determina el Consejo de Estado y las directrices de Colombia compra eficiente. Así, incorporar estas cláusulas o acordar los pactos debe estar siempre modulado por los principios que rigen la contratación estatal, y si el uso de una de estas cláusulas o pactos conlleva a servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la protección y garantía de los derechos de los administrados, resultará conveniente y posible pactarla, teniendo en cuenta siempre que no se menoscaben los principios de la actividad contractual.

En cuanto al proyecto de reforma del estatuto de contratación se evidencia una tendencia más para la aplicación del derecho privado, pues en primera instancia habla de la compra pública y en cuanto a ésta refiere que las actuaciones de las entidades estatales en el sistema de compra pública son ejercidas para cumplir su misión y solamente implican el ejercicio de una función administrativa en los casos en que adopte decisión mediante acto administrativo en los casos de interpretación, modificación o terminación unilateral del contrato, declaración de caducidad, declaración de existencia de una prohibición. Así las cosas se evidencia que las tendencias actuales en torno a las cuales se abandona el término de soberanía y se deja de considerar el Estado como el todo implica que el Derecho Público ha venido adaptándose a nuevas realidades que generan renovación de conceptos jurídicos dentro de los que se refuerzan los de gerencia pública y gasto público como componente importante de la gestión de las entidades públicas dentro de los parámetros de la gobernanza en virtud de la cual hay una interacción del estado y los particulares para que de manera articulada se genere progreso económico, lo que en materia de contratación estatal o de compra pública se logra cuando se permite a las entidades tener autonomía en la celebración y ejecución de negocios jurídicos y acudiendo a las normas de derecho privado se flexibilicen los procedimientos para lograr mayor eficiencia en el gasto público.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO, Edwin. Consideraciones dinámicas del arbitraje en los contratos concluidos por la administración pública. En Revista Iter ad Veritatem. N° 8. 2010. pp. 19-36.
- AMAZO, Diana C. ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? Revista Estudios Socio-Jurídicos. Universidad del Rosario. Vol. 9 Núm. 2. 2007. pp. 181-203.
- ANGULO, Juan José. Riesgo de oportunismo del gobierno en el sector eléctrico colombiano. Aproximación al diseño institucional de la regulación eléctrica en Colombia. Universidad del Rosario. Bogotá. 2012.
- ARIZA MORENO, Weimar. La cláusula de multas en la contratación estatal. Revista de Derecho Público No.11. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. 2000. Pág. 236.
- ARRUBLA. Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Decimotercera Edición. Legis 2012
- AUBY J, DUCOS R., AUBY J. Institutions administratives. 1971. pp. 24 a 27.
- BALLESTEROS, Carlos Andrés. El régimen contractual de las empresas sociales del estado. Facultad de Jurisprudencia Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. 2013.
- BALLESTEROS, José Antonio. Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 20.
- BARRERA, Carola. El incumplimiento en los contratos de obra pública. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito. 2013.
- BENAVIDES, José Luis, El contrato Estatal, Universidad Externado de Colombia, 2002, p.306, CECM sala de consulta y servicio civil, Concepto del 5 de mayo de 1999, Ministerio de Hacienda y crédito público, Consejo de Estado, rad.1190-99 28
- Benavides. José Luis. Contratos Públicos Estudios. Primera Edición 2014. Universidad Externado.

- BERNAL, Francisco Javier. Derecho Administrativo. Programa de Administración Pública Territorial. Escuela Superior de Administración Pública ESAP. 2008. 299 p.
- BONIVENTO. José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Duodécima edición. Ediciones Librería del Profesional.
- BOHORQUEZ. Antonio. De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano. Volumen 3. Ediciones Doctrina y Ley. 2005
- BORJA, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. México. Porrúa. 2006. pp. 114- 115
- BREWER, Alian. Contratos administrativos, Caracas, EJV, 1992. p.15
- BUSTAMANTE, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil, Novena Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, Pág. 119
- CASTRO CUENCA, Carlos. Aproximación a la Corrupción en la Contratación Pública. Especial Referencia a las Fórmulas de Tipificación de la Corrupción en la Contratación Pública. Universidad de Salamanca. España. 2009. Pág.131
- CHAPUS René. Droit administratif général, París. Montchrestien, 1998. p. 1. Citado por Alberto Montaña Plata, en: El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 52.
- CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. XII. Obligaciones y contratos, Editorial Nascimento, Santiago, 1939.
- Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 12 de septiembre de 1996, Expendiente10494.
- Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 15 de marzo de 2001, Expendiente13352.
- Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. sentencia de 21 de julio de 2005, Expendiente13920.
- Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. sentencia de 8 de marzo de 2007, Expendiente15883.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 20 de agosto de 1 998, Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández. Expediente 1402 de 1 998.

Consejo de Estado, Sección Tercera, consultar sentencia de 12 de septiembre de 1996, expediente número 10494.

Consejo de Estado, Sección Tercera, consultar sentencia de 12 de septiembre de 1996, expediente número 10494; sentencia de 15 de marzo de 2001, expediente número 13352; sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente número 16596. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de abril de 1970.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1999, Expediente 12344. Magistrado Ponente Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 22 de abril de 2006, Expediente 8830.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2001, Expediente 13.405

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2001, Expediente 13.405.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de enero de 2004, Expediente 13146, Magistrado Ponente Alier E. Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, Expediente 12025, Magistrado Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sección Tercera, ver entre otras providencias: Autos de 14 de agosto de 2003, Expediente 22.848, y de 30 de septiembre de 2004, Expediente 26945; y Sentencias de 10 de agosto de 2000, Expediente 12.964, 15 de julio de 2004, Expediente AP 1156-02, 14 de abril de 2005, Expediente AP 01577; 20 de abril de 2005, Expediente 14.519.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Memoria 2011. Tomo I. p. 50

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Memoria 2011. Tomo I. p. 57.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente Alier Eduardo Hernandez Enríquez. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Radicación número: 25000-23-27-000-2001-00509-01.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01

Consejo de Estado. Sala plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente No. S - 701 – Contractual. Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo. Septiembre 23 de 1997.

Consejo de Estado. Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio. 3 de diciembre de 2007.

Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A, Consejo de Estado, 9 de mayo de 2012, Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A, Consejo de Estado, 9 de mayo de 2012, 22.714, Actor: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A, Consejo de Estado, 9 de mayo de 2012, Expediente 22.714, Actor: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A, Consejo de Estado, 9 de mayo de 2012, Expediente 22.714. Óp. Cit.

Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A, Consejo de Estado, 9 de mayo de 2012. Ibíd.

Consejo de Estado. Sección Tercera. 4 de Junio de 1998. Magistrado Ponente Ricardo Hoyos Duque. Radicación Número: 13988

Consejo de Estado. Sección Tercera. 4 de Junio de 1998. Magistrado Ponente Ricardo Hoyos Duque. Radicación Número: 13988.

Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 5 de octubre de 2005 (Rad. no. AP-01588). Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 7 de junio de 2007 (Expediente 14669). Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de julio 9 de 1998. Magistrado Ponente Ricardo Hoyos.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de Octubre de 2005. Magistrado Ponente German Rodríguez Villamizar. Radicación Número: 14579

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de Octubre de 2005. Magistrado Ponente German Rodríguez Villamizar. Radicación Número: 14579.

Consejo de Estado. Sentencia dictada el 29 de agosto de 2007 en el proceso número: 850012331000030901 Radicado interno: 15324, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estrado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (Subsección B. Radicación número: 2500232600020030034901(28.281). Consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá D.C., 28 de febrero de 2011.

CONTRERAS, Yadira. La posibilidad de un progreso ilustrado de la humanidad a la luz del pensamiento Kantiano. Universidad Industrial de Santander. 2007. 60 p.

Corte Constitucional, Sentencia C-473 de 1994. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 230 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, D.C., 1995.

Corte Constitucional. Sentencia C-060 de 2001. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-341, 3 de mayo de 2006. Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería. Expediente D-6020.

Corte Constitucional. Sentencia C-388/96. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-507 de 1993. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 20 de noviembre de 1980, reiterada en providencias proferidas por la misma Sala el 16 de junio de 1981 y el 9 de diciembre

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Agosto 27 de 1.971
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Diciembre 16 de 1.968
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación del 17 de mayo de 1995, Magistrado Ponente Pedro Lafont Pianetta.
- DAZA, Flavio. Fundamentos doctrinales y jurisprudenciales del silencio administrativo positivo. Solución a la inactividad de la administración. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá. 2012.
- DAVILA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la contratación estatal. Legis. 2016.
- DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe. Reforma al régimen de contratación estatal. Universidad de los Andes. Bogotá. 2010.
- DUGUIT, L. Traité de Droit Constitutionnel, T. II, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. París. 1923, pág. 54.
- DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho público. Madrid. Francisco Beltrán, 1926. p.105.
- DUSSÁN HITSCHERICH. Jorge. Elementos del contrato estatal. Universidad Jorge Tadeo Lozano. 2005. Pág. 1999.
- ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos administrativos. Bogotá. Editorial Legis. 1999. Pág. 350.
- Exposición de motivos Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso, No. 75 del 23 de septiembre de 1992. En Betancur Cuartas, Jaime. Estatuto General de la Contratación Pública. Biblioteca Jurídica Dike. Décima edición.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNÁNDEZ, T. Curso de Derecho Administrativo. T. I. Thomson Civitas, Madrid. 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Prólogo a CHINCHILLA C, LOZANO, B. y DEL SAZ, S., Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo, UNED-Civitas, Madrid, 1992, p.p. 14-15.
- GORDILLO, Agustín. Introducción al derecho administrativo. Perrot. Buenos Aires. 1962.

- GUECHA, Ciro. El contrato como acto administrativo: una nueva teoría que determina su control de legalidad. En Revista de Derecho Principia Iuris. N° 14. 2010. pp. 15-38
- HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones, Universidad Externado de Colombia. 2002. p. 131
- JEZÉ, G. Principios generales del derecho administrativo. T. II. 1, La noción de servicio público, los agentes de la administración pública. Depalma. Buenos Aires. 1949, pág. 9.
- JOJOA. B Alexander. Los regímenes exceptuados en los contratos estatales. Editorial Ibañez. 2014
- LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Contratos estatales. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2007.
- MALDONADO, Tomás. La noción de servicio público a partir de la concepción del Estado Social de Derecho. Universidad del Norte. Actualidad Jurídica. 2007. Barranquilla. Pp. 54-64.
- MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo Tomo II. Tercera Edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot. 1988.
- MIER BARROS, PATRICIA. "El régimen jurídico del contrato estatal", en Revista de Derecho Público No. 14- Aspectos Controversiales de la contratación estatal. Bogotá, mayo de 2004. pp. 62 - 63.
- MONTAÑA, Alberto. El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 136.
- MORALES, Carlos. Sanciones pecuniarias en la contratación estatal. Universidad del Rosario. Maestría en Derecho Administrativo. 2012.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Temis. Bogotá. 2000.
- PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Bogotá. 2004
- PALACIO, María Teresa. "Resurgimiento o Crisis de la Noción de Servicio Público". Revista de Derecho Público No 11 Junio de 2000 Universidad de los Andes Facultad de Derecho. p. 4.

- PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. Tomo I. Parte General. Marcial Pons Ediciones S. A. Jurídicas. Madrid 2008.
- Ponce de León, Sandra. El contrato de concesión de obra pública en la legislación chilena. Análisis constitucional de algunos de sus elementos. Revista de Derecho Público. Vol. 79. 2013. p. 125.
- Procuraduría General de la Nación. Recomendaciones para optimizar la gestión contractual de las entidades públicas que no se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 2012. 46 p.
- RESTREPO, Manuel. La respuesta del derecho administrativo a las transformaciones recientes del Estado Social de Derecho. Revista Saberes. Universidad Alfonso X El Sabio. Vol. 5 2007
- RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. Editorial Leyer, Bogotá. Cita de Ricardo Puerta. 2007. Pág. 181
- RIVERO, Jean. Droit administrative. París: Dalloz, 1996. Citado por Alberto Montaña Plata, El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 168.
- Rodríguez, Jaime. Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas. Revista Afduc. Vol 12. 2008. p. 795.
- RODRÍGUEZ, Libardo, Libardo Rodríguez Libardo Rodríguez. Derecho Administrativo General y colombiano. Temis. 2001. p. 112.
- RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo, General y colombiano. Temis. 14^a ed. Bogotá. 2005. 386 p.
- ROMERO, Leopoldo El arbitraje en la contratación Estatal. Pontificia Universidad Javeriana. 2012.
- RONDEROS, Jorge Aturo. Contratos atípicos de las entidades descentralizadas del orden nacional sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Maestría en Derecho Administrativo. 2011.
- RUIZ, Wilson. Responsabilidad del Estado. Consejo Superior de la Judicatura. Universidad Sergio Arboleda. Plan Nacional de Formación de la Rama Judicial. 2007. 203 p.

- SESSAREGO, Carlos. El Supuesto de la Denominada Autonomía de la Voluntad. En Contratación Contemporánea. Volumen I: Teoría General y Principios. Editorial Temis Bogotá - Colombia y Palestra Editores. Lima, 2001, Pág. 215.
- SOLER Israel, GUILLERMO William. La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función Pública: luces y sombras. Estado del Arte 10 de noviembre de 2008, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá: Colombia9 (16) enero- junio de 2009. p.89.
- STIGLITZ, Rubén, Autonomía de la Voluntad y Revisión del Contrato. Editorial Depalma Buenos Aires, 1.993, pág. 16.
- SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo II. Editorial Legis S.A., Bogotá, D.C., 2003. Pág. 27 y ss.
- TORRES, Galo Terminación Unilateral de Contratos Administrativos. Procuraduría del Distrito Metropolitano de Quito, 1995, pp. 87- 88.
- VEDEL GEORGES, Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Aguilar. 1980. Pp. 710-711.
- VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., 2005, p. 27.
- YONG. Samuel. El Contrato Estatal en el contexto de la nueva legislación. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Cuarta edición. 2015
- ZARATE LÓPEZ, Juan David, Acción de Repetición en la constitución de 1991, Tesis, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho. 1996.
- ZAGREBELSY, Gustavo. El derecho Dúctil. Editorial Trotta. Décima edición. 2011.